

# **EN SAMMENLIGNING AV DE OBJEKTIVE OG SUBJEKTIVE OMSTØTELSESREGLER I KONKURS**

Kandidatnummer: 707

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 17362 ord

17.04.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Om emnet	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>GENERELT OM OMSTØTELSESREGLENE</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Omstøtelsesreglenes historikk	4
2.2	Rettskildesituasjonen	5
2.3	Hensyn bak reglene	6
<b><u>3</u></b>	<b><u>KORT OM DE ULIKE OMSTØTELSESREGLENE I DEKNINGSLOVEN</u></b>	<b><u>7</u></b>
3.1	Innledning	7
3.2	De objektive regler	8
3.2.1	Innledning	8
3.2.2	Gaver	9
3.2.3	Vedtak i foretaksorganer	10
3.2.4	Ekstraordinære gjeldsbetalinger	10
3.2.5	Særskilte dekningsmuligheter for kreditor	12
3.2.6	Særregler for skyldnerens nærstående	14
3.3	De subjektive regler	16
<b><u>4</u></b>	<b><u>KOMPARATIV DEL</u></b>	<b><u>17</u></b>
4.1	Videre opplegg	17

<b>4.2</b>	<b>Reglenes retts tekniske utforming</b>	<b>18</b>
<b>4.3</b>	<b>Gjenstanden for omstøtelse</b>	<b>19</b>
4.3.1	Innledning	19
4.3.2	Disposisjonen	19
4.3.3	Personelle begrensninger	23
<b>4.4</b>	<b>Utlørlighetskriteriet og ordinærreservasjonen</b>	<b>26</b>
4.4.1	Innledning	26
4.4.2	Utlørlighetskriteriet og ordinærreservasjonen som rettslig standard	26
4.4.3	Utlørlighetskriteriet og ordinærreservasjonen som kvalifikasjonsvilkår	27
4.4.4	Vurderingstemaet	29
<b>4.5</b>	<b>Krav om tap for boet</b>	<b>33</b>
<b>4.6</b>	<b>Skyldnerens økonomiske stilling</b>	<b>36</b>
4.6.1	Innledning	36
4.6.2	Det økonomiske vilkår i § 5-9	36
4.6.3	Objektive regler med krav til skyldnerens økonomiske stilling	38
<b>4.7</b>	<b>Krav om skyld</b>	<b>39</b>
<b>4.8</b>	<b>Omstøtelsesfristen</b>	<b>41</b>
4.8.1	Forskjellen mellom de objektive og subjektive omstøtelsesfrister	41
4.8.2	Foreligger det en forskjell mellom de objektive og subjektive regler når det gjelder beregningen av omstøtelsesfristen?	45
<b>4.9</b>	<b>Virkninger av omstøtelse</b>	<b>46</b>
4.9.1	Innledning	46
4.9.2	Omstøtelseskravets omfang	47
4.9.3	Omstøtelsesoppgjøret	50

---

<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b><u>51</u></b>
-----------------	--	------------------

<b><u>REGISTRE</u></b>	<b><u>A</u></b>
------------------------	-----------------

<b>5.1</b>	<b>Lover</b>	<b>A</b>
------------	--------------	----------

<b>5.2</b>	<b>Forarbejder</b>	<b>A</b>
<b>5.3</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>B</b>
<b>5.4</b>	<b>Bøger og artikler</b>	<b>B</b>
<b>5.5</b>	<b>Elektroniske kilder</b>	<b>C</b>

# **1 Innledning**

## **1.1 Om emnet**

Dersom debitor ikke har nok midler til å betale det han skylder sine kreditorer, kan han, dersom han selv eller en kreditor begjærer det, slås konkurs. Hovedvilkåret for at debitor skal kunne slås konkurs er at han er insolvent. Insolvent er man dersom man er ute av stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten er forbigående (illikviditet), og dersom skyldnerens forpliktelser overstiger verdien av hans eiendeler (insuffisiens), jfr. konkursloven § 61.

Konkurs innebærer en fellesforfølgning der samtlige kreditorer samlet forsøker å oppnå dekning for sine krav. Motstykket er enkeltforfølgning som innebærer at hver enkelt kreditor alene søker dekning for sitt krav.

Hovedformålet med konkurs er å avvikle konkursboet på den måte som gir høyest mulig dekning til kreditorfellesskapet. Kreditorene vil som regel styrke sin stilling dersom de opptrer i fellesskap. Samlet kan de ta beslag i skyldnerens eiendeler, og omsette disse i penger som fordeles mellom de ulike kreditorer etter en lovbestemt prioritetsrekkefølge.

Der en konkurs fremtrer som nærliggende for debitor viser praksis at det i en del tilfeller foretas disposisjoner som kan sies å være motivert av den nærstående konkursen, og som derfor formodes illojale ovenfor kreditorfellesskapet. Slike disposisjoner kan tappe boet for midler eller innebære en forfordeling av enkeltkreditorer. I så tilfelle får kreditorfellesskapet redusert midlene til den felles fordeling. På denne bakgrunn er det gitt ulike regler i lovverket som har til formål å hindre kreditorskadelige disposisjoner.

Ett sett regler med et slikt formål finner vi i dekningslovens kapittel 5, som gir regler om boets adgang til å omstøte visse nærmere angitte disposisjoner. Omstøtelse innebærer en hel eller delvis tilsidesettelse eller omgjøring av ellers gyldige og bindende disposisjoner

foretatt før boåpningen, ved at det omstøtte tilbakeføres til boet.<sup>1</sup> Omstøtelsesreglene er hovedemnet for denne avhandlingen, med særlig vekt på et sammenlignende perspektiv av de to ulike hovedgrupper av regler man finner i dekningslovens kapittel 5, nemlig de objektive og subjektive omstøtelsesregler.

De *subjektive omstøtelsesreglene* oppstiller et krav om skyld hos medkontrahenten i forhold til disposisjonens illojale karakter, som vilkår for omstøtelse. Derav følger betegnelsen ”subjektiv omstøtelse”. Begrunnelsen for et slikt skyldkrav er at det som utgangspunkt vil fremstå som urimelig å omstøte disposisjoner der medkontrahenten er uvitende om debtors illojale foretagende. Imidlertid kan det være vanskelig for boet å bevise den nødvendige skyld, og man risikerer dermed at enkelte klanderverdige disposisjoner blir stående.<sup>2</sup>

I lys av dette ser man at det i tillegg til de subjektive regler også er behov for omstøtelsesregler som vil være rettsteknisk enkle for boet å benytte. Regler av denne type finner vi i de *objektive omstøtelsesregler*. Regler av objektiv karakter innebærer at omstøtelse kan skje så lenge den foretatte disposisjon er av en bestemt art, og gjennomført innen et bestemt tidsrom, uten hensyn til skyld hos den annen part. Som en konsekvens av dette vil også disposisjoner som ikke er illojale, kunne omstøtes etter de objektive regler.

Videre i denne avhandlingen vil jeg se nærmere på samspillet mellom de objektive og subjektive omstøtelsesregler og hva som nærmere ligger i skillet mellom de to regelsett. Avhandlingen pretenderer etter dette altså ikke å gi en uttømmende fremstilling av omstøtelsesreglene som sådan.

## 1.2 Avgrensninger

Omstøtelsesregler finnes flere steder i lovverket. De mest omfattende reglene finnes i dekningslovens kapittel 5. Det finnes dog også spesialregler om omstøtelse i forsikringsavtalelovens § 16-2, samt i ekteskapslovens §§ 51 og 52. Denne fremstillingen vil imidlertid kun behandle reglene i dekningslovens kap. 5.

---

<sup>1</sup> Huser 19992, s. 30.

<sup>2</sup> Bevisbyrden for den annen parts skyld ligger hos boet, se NOU 1972:20, s. 298.

Bestemmelsen i dekningslovens § 5-1 gir reglene i kap. 5 anvendelse ved tvangsakkord, offentlig skifte av insolvent dødsbo, samt konkurs. Avhandlingen videre vil kun behandle omstøtelsesreglene i konkurssammenheng.

### 1.3 Videre fremstilling

Hovedregelen for kreditorenes beslagsrett finner man i dekl. § 2-2 hvor det fremgår at kreditorene kan ta dekning i *”ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden”*.

Dersom en disposisjon over et formuesgode viser seg å være proforma, må det etter gjeldende rett være klart at det kan tas beslag i formuesgodet. Etter § 2-2 skal de reelle forhold legges til grunn ved avgjørelsen av hva som *”tilhører”* skyldneren.

I blant kan det dessuten hevdes at en avtale om overdragelse av et formuesgode er avtalerettslig ugyldig. Dersom slik ugyldighet kan legges til grunn vil godet omfattet av avtalen dermed kunne sies å *”tilhøre”* boet.

Videre må den nødvendige sikringsakt være foretatt slik at disposisjonen får rettsvern ovenfor de øvrige kreditorer. Mangler slikt rettsvern er det ikke nødvendig for boet å respektere avtalen. Det aktuelle formuesgodet omfattes dermed av det som *”tilhører”* skyldneren.<sup>3</sup>

Omstøtelsesreglene må etter dette karakteriseres som unntak fra hovedregelen om kreditorenes beslagsrett i § 2-2 ved at beslag kan tas utover det som rent faktisk tilhører skyldneren på beslagstiden. Reglene får slik dessuten en viss tilbakevirkende kraft.

Omstøtelse blir normalt først aktuelt dersom boet ikke når frem med noen av de tre ovennevnte angrepsmuligheter, og omstøtelsesreglene kan derfor sies å ha en subsidiær karakter.<sup>4</sup> I den følgende fremstilling forutsettes det derfor at de aktuelle disposisjoner er reelle, gyldige, og at rettsvern er etablert.

Videre i denne avhandlingen vil jeg i punkt 2 først se nærmere på omstøtelsesreglenes historikk, samt rettskildesituasjonen på området, før jeg til slutt tar for meg de hovedhensyn

---

<sup>3</sup> At et gode for omstøtelse må forutsettes å være gyldig, reelt, og med rettsvern, fremkommer hos Huser 1992, s. 30-31 og Andenæs 1999, s. 215.

<sup>4</sup> Ørgaard 1997, s. 88.

som ligger til grunn for reglene. Deretter, i punkt 3, vil jeg kort redegjøre for de viktigste bestemmelsene i dekningslovens kap. 5, før jeg i punkt 4 går over til hoveddelen av avhandlingen, nemlig en sammenlignende fremstilling av de objektive og subjektive omstøtelsesregler. Til slutt vil jeg komme med noen oppsummerende og avsluttende bemerkninger i punkt 5.

## **2 Generelt om omstøtelsesreglene**

### **2.1 Omstøtelsesreglenes historikk**

Prinsippet om at et konkursbo under visse vilkår har adgang til å omgjøre enkelte disposisjoner, er ikke av nyere dato. Den subjektive regel har røtter helt tilbake til romerretten, da under termen *Actio Pauliana*. I norsk rett var det i tiden før konkursloven av 1863 en alminnelig oppfatning at en slik regel ikke gjaldt her.<sup>5</sup> Det hadde foreligget flere forslag om å få nedfelt en subjektiv regel i sistnevnte lov, men dette ble aldri vedtatt. Den kjente juristen Bernhard Getz hevdet likevel i en artikkel i Rt. 1878 s. 629 at en subjektiv regel måtte gjelde i Norge. Hjemmel for en slik regel mente Getz å finne i NL 5-13-44, 1. punktum.<sup>6</sup> Dette syn fikk raskt bred oppslutning fra allmennheten og domstolene, selv om argumentasjonen i dag ikke fremstår som særlig overbevisende. Regelen fikk etter hvert status som en sedvanerettslig regel, utviklet på bakgrunn av rettspraksis og teori, og levde videre i sin ulovfestede form frem til den ble lovfestet i dekningsloven av 1984 i sin nåværende variant.

De objektive reglene derimot, har en noe annen, og enklere, forhistorie. Dagens objektive omstøtelsesregler er i stor grad en videreføring av de reglene som var lovfestet i konkursloven av 1863.<sup>7</sup> Reglene i deknl. § 5-6 om motregning, og regelen i § 5-5 om

---

<sup>5</sup> Eckhoff 2001, s. 272, og Brækhus 1970, s. 126.

<sup>6</sup> Eckhoff 2001, s. 272.

<sup>7</sup> Andenæs 1999, s. 215.



gjeldsbetaling som betydelig forringer debtors betalingsevne, er imidlertid av nyere dato, og kom først med dekningsloven i 1984.<sup>8</sup>

## 2.2 Rettskildesituasjonen

For all lovtolkning er utgangspunktet ordlyden i selve lovteksten. Dersom det er tvil om hvordan lovteksten skal forstås etter en naturlig tolkning av ordlyden, vil man søke støtte i øvrige rettskilder. I den første tid etter at dekningsloven trådte i kraft var forarbeidene en viktig kilde for den nærmere forståelse av lovteksten. Etter hvert har det imidlertid dannet seg en del rettspraksis knyttet til loven, og denne har dermed gradvis fått større betydning som rettskilde. I tillegg foreligger det nå en god del juridisk teori, som også vil ha en viss rettskildemessig verdi.

Imidlertid vil det for omstøtelsesreglens vedkommende, i likhet med en rekke andre regler som ble lovfestet ved konkurslovreformen i 1984, være mulig å ytterligere utvide det tilgjengelige rettskildemateriale. Det følger av omstøtelsesreglens historikk, gjennomgått over i punkt 2.1, at omstøtelsesreglene i stor grad bygger på rettstilstanden slik den var før vedtagelsen av dekningsloven. Dermed vil rettskilder knyttet til praksis også *før* vedtagelsen av dekningsloven i 1984, kunne ha en viss relevans ved tolkningen av både de objektive og de subjektive regler.<sup>9</sup>

Er de nye reglene ikke endret i forhold til den tidligere rettstilstand vil det være naturlig at også tidligere kilder har relevans. Imidlertid vil kilder tilknyttet den eldre rettstilstand også ha en viss relevans der det *er* foretatt endringer i forhold til eldre rett. I slike tilfeller kan eldre kilder bidra til å klargjøre *hvilke* endringer som har funnet sted, og *hvorfor* endringene ble foretatt.<sup>10</sup> Dermed blir det rettskildematerialet vi har tilgjengelig i tilknytning til omstøtelsesreglene betraktelig utvidet.

Det må påpekes visse begrensninger ved bruk av kilder som kom til i tiden før dekningslovens ikrafttredelse. Den subjektive regelen ble etablert gjennom sedvanerett, og gikk gjennom en massiv utvikling frem til den ble kodifisert i dekningsloven. På bakgrunn

---

<sup>8</sup> Huser 1992, s. 128.

<sup>9</sup> Huser 1992, s. 128.

<sup>10</sup> Huser 1992, s. 128.

av denne utvikling må man være forsiktig med å legge til grunn eldre kilder, da de ikke nødvendigvis lenger gir uttrykk for gjeldende rett. Noe av det samme kan man også legge til grunn for de objektive regler, selv om disse også tidligere var konkret lovfestet i den gamle konkursloven.<sup>11</sup>

Omstøtelsesreglene i dekningsloven ble for øvrig til som en del av et nordisk lovsamarbeid (Norge, Sverige og Danmark), og reglene i Norge har store likheter med de regler som er lovfestet i de øvrige nordiske land, både i tekst og i innhold.<sup>12</sup> Dette medfører at også rettskilder knyttet til praksis i disse land, kan ha en viss betydning ved fastleggingen av det nærmere innhold i omstøtelsesreglene etter norsk rett. Jeg vil imidlertid ikke komme nærmere inn på slike kilder i denne oppgave, da dette må anses som for omfattende i forhold til avhandlingens omfang.

## 2.3 Hensyn bak reglene

Omstøtelsesinstituttet hviler i hovedsak på to bakenforliggende grunnhensyn.<sup>13</sup>

For det første gjelder et *likhetsprinsipp* som kan sies å springe ut fra rettferdighetsidealer. Dette prinsippet innebærer at alle kreditorer bør behandles likt. I den siste tid før det åpnes konkurs vil debitor ofte være under press fra flere av sine kreditorer, som alle ønsker dekning for sitt tilgodehavende. Likhetsprinsippet tilsier at ingen kreditor her skal få fordeler på de øvriges bekostning.

For det andre hviler reglene på et *eiendomsprinsipp*. Som hovedregel er det en selv som disponerer over egen formue. Dersom en person har vesentlig svekket økonomi og kanskje også er insolvent, vil imidlertid situasjonen stille seg annerledes. Debitor disponerer her i realiteten over kreditorenes midler, og dette tilsier derfor at gaver og andre ensidige disposisjoner foretatt den siste tiden før konkursåpningen bør kunne omstøtes.

På bakgrunn av disse to hovedprinsipper kan man videre si at omstøtelsesreglene har to hovedfunksjoner. Reglene skal virke *gjenopprettende* og de skal virke *preventivt*.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Huser 1992, s. 128.

<sup>12</sup> Huser 1992, s. 128.

<sup>13</sup> Johansen 1996, s. 237.

<sup>14</sup> Huser 1992, s. 49, Andenæs 1999, s. 216 og Johansen 1996, s. 237.

Den gjenopprettende funksjon kommer til syne ved at omstøtelse medfører en omgjøring av alt foretatte disposisjoner til fordel for kreditorfellesskapet.

Omstøtelsesreglene sikrer slik størst mulig grad av likebehandling mellom kreditorene ved at det omstøtte havner tilbake på boets hånd. Deretter blir det opp til boet å foreta en mer rettferdig fordeling av formuesgodene som lovverket gir anvisning på.

Den preventive effekt kommer til syne alt ved omstøtelsesreglenes eksistens. Det at reglene er klart lovfestet bidrar til å hindre brudd på de to grunnleggende prinsipper, likhets- og eiendomsprinsippet. En del disposisjoner gjennomføres trolig ikke fordi de involverte parter er klar over mulighetene for at disposisjonen blir omstøtt. Indirekte får den preventive funksjonen dessuten også den effekt at debitor beskyttes mot press fra pågående kreditorer.

### **3 Kort om de ulike omstøtelsesreglene i dekningsloven**

#### **3.1 Innledning**

Til grunn for omstøtelsesreglene ligger formodninger om illojalitet. Når økonomien svikter formodes det at enkelte disposisjoner vil være motivert av en forestående konkurs, og således illojale ovenfor kreditorfellesskapet.<sup>15</sup>

Illojalitet kan komme til uttrykk ved at debitor forfordeler midler til enkelte kreditorer på de øvriges bekostning.<sup>16</sup> Denne typen disposisjoner kalles kreditorbegunstigelser, og innebærer et brudd på likhetsprinsippet som forutsetter at midlene skal fordeles likt mellom kreditorene.

Illojaliteten kan også komme til uttrykk ved at debitor taper boet for midler, f. eks. ved å gi gaver til venner og familie.<sup>17</sup> Slike boforringelser er et brudd på

---

<sup>15</sup> Huser 1992, s. 49.

<sup>16</sup> Huser 1992, s. 49 og Andenæs 1999, s. 216.

<sup>17</sup> Huser 1992, s. 49 og Andenæs 1999, s. 216.

eiendomsprinsippet da debitor i realiteten disponerer over andres midler dersom han er insolvent.

De disposisjoner som er gjort omstøtelige etter kap. 5 i dekningsloven kan karakteriseres som enten begunstigelser eller forringelser.<sup>18</sup> Om disposisjonen faller inn under den ene eller den andre kategori kan ha betydning for den nærmere utforming av lovregelen. Forringende disposisjoner vil som hovedregel anses som mer betenkelige enn begunstigelser, fordi en forringelse innebærer at midler unndras fra å tjene til dekning for kreditorfellesskapet.<sup>19</sup>

Forskjellen mellom forringelser og begunstigelser viser seg blant annet ved at visse begunstigende disposisjoner ikke i det hele tatt kan omstøtes etter de objektive regler. Som et eksempel på dette kan nevnes ordinær betaling av gjeld. Dessuten kommer forskjellen til syne innad blant de objektive regler ved at det gjelder en lengre omstøtelsesfrist for forringelser (§ 5-2) enn for begunstigelser (§§ 5-5 til 5-8). Mer om denne fristforskjell følger under i punkt 4.8.1.

Videre under punkt 3 vil det bli gitt en relativt kortfattet fremstilling av de ulike omstøtelsesreglene. Virkningene av omstøtelse vil bli behandlet i punkt 4.8. Dette gjelder også de spesielle virkningsregler som følger av § 5-3 og § 5-8.

## 3.2 De objektive regler

### 3.2.1 Innledning

At en regel er objektiv vil si at det er adgang til å omstøte en nærmere angitt disposisjon, uten hensyn til om medkontrahenten var i god tro med tanke på disposisjonens illojalitet ovenfor øvrige kreditorer. De disposisjoner som er gjort omstøtelige etter de objektive regler er disposisjonstyper som normalt formodes å være illojale, men, som nevnt over i punkt 1.1, vil det manglende skyldkrav kunne medføre at også disposisjoner som ikke er illojale kan omstøtes etter disse regler.

---

<sup>18</sup> NOU 1972:20, s. 281 og Huser 1992, s. 49.

<sup>19</sup> Huser 1992, s. 68.

I utgangspunktet kan en si at det er betenkelig å omstøte disposisjoner uten at det er konstatert skyld hos medkontrahenten.<sup>20</sup> Tilsynelatende vil kreditorfellesskapet vinne frem på bekostning av den annen part som ikke beviselig har utvist skyld. Dette fremtrer ikke umiddelbart som en god løsning.

De objektive reglene må imidlertid ses på bakgrunn av retts tekniske hensyn. Som kort nevnt i punkt 1.1, kan subjektive regler innebære bevismessige problemer for boet. Det vil derfor være nødvendig med regler uten subjektive skyldkrav som åpner for omstøtelse dersom bestemte objektive vilkår er oppfylt.<sup>21</sup>

Dersom de objektive reglene etter dette også ses i sammenheng med den bakenforliggende formodningen om illojalitet hos den annen part, og det antas at slik illojalitet foreligger ved en del av de disposisjoner loven gjør omstøtelige, vil det ikke være like betenkelig å gjennomføre omstøtelse. I en slik kontekst fremstår det som en bedre løsning at fellesskapet går foran den formodentlige illojale medkontrahent.

De objektive reglene i dekningsloven er oppregnet fra §§ 5-2 til 5-8. Reglene er kasuistiske i den forstand at de enkelte bestemmelsene omfatter ulike typer av disposisjoner som kan omstøtes dersom de er foretatt innen en bestemt frist. Rekkevidden for hver enkelt bestemmelse begrenses til den positivt oppregnede disposisjon. At de objektive regler slik er gitt et begrenset anvendelsesområde, bidrar også til å veie opp for noen av de betenkeligheter som ligger i et manglende skyldkrav.

En rekke av de objektive bestemmelsene inneholder særregler for ulike grupper av skyldnerens nærstående. Disse reglene behandles samlet i punkt 3.2.6.

### 3.2.2 Gaver

Etter dekningslovens § 5-2 kan gaver omstøtes, med unntak av leilighetsgaver av rimelig omfang, jfr. § 5-2, 5. ledd.

Kort kan en si at en ”gave” i lovens forstand må innebære en formuesforskyvning i den hensikt å berike mottakeren.<sup>22</sup> I følge forarbeidene skal en bygge på det tradisjonelle

---

<sup>20</sup> NOU 1972:20, s. 281.

<sup>21</sup> NOU 1972:20, s. 281-282.

<sup>22</sup> Andenæs 1999, s. 222.

gavebegrep som er fastslått i tidligere praksis og teori på området.<sup>23</sup> Det er dessuten disposisjonens reelle karakter som legges til grunn.<sup>24</sup> Det hjelper altså ikke å kamuflere gaven som f. eks. salg eller lønnsutbetaling.

Omstøtelsesfristen er 1 år regnet fra gavens fullbyrdelse.

Begrunnelsen for at gaver er gjort omstøtelige er at gaver vil forringe kreditorfellesskapets dekningsmuligheter, og det kan derfor sies å foreligge en særlig sterk formodning om illojalitet i slike tilfeller. Det vil også ved slike ensidige bebyrdende disposisjoner være ekstra støtende ovenfor kreditorene om disposisjonen skulle stå seg ved en konkurs kort tid etter gaven ble fullbyrdet.<sup>25</sup>

### 3.2.3 Vedtak i foretaksorganer

I 1999 trådte bestemmelsen i dekningslovens § 5-3 i kraft. Regelen var opprinnelig lovfestet i forgjengeren til dagens aksjelov, men ble ved vedtagelsen av den nye aksjeloven flyttet til dekningsloven da det systematisk er en omstøtelsesregel. Regelen i § 5-3 har dog et mer generelt anvendelsesområde enn bestemmelsen i den gamle aksjeloven fra 1976.<sup>26</sup>

§ 5-3 gir regler om at vedtak i foretaksorganer om ansvarsfrihet eller at erstatningskrav ikke skal reises, ikke binder konkursboet, dersom foretaket var insolvent da vedtaket ble fattet, eller dersom konkurs ble åpnet innen 1 år etter vedtaket ble truffet.

I bestemmelsens siste punktum oppstilles dessuten en 1-års frist for konkursboet til å reise erstatningssøksmål, dersom foretaket har truffet vedtak som nevnt over.

### 3.2.4 Ekstraordinære gjeldsbetalinger

Betaling av gjeld den siste tiden før konkurs åpnes, når debitor enten er insolvent eller hans økonomi er alvorlig svekket, innebærer begunstigelse av en kreditor på bekostning av de øvrige. Som hovedregel må imidlertid de øvrige kreditorer finne seg i

---

<sup>23</sup> NOU 1972:20, s. 285, og Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 160.

<sup>24</sup> Andenæs 1999, s. 222.

<sup>25</sup> Huser 1992, s. 131.

<sup>26</sup> Andenæs 1999, s. 232.

slike gjeldsbetalinger, så lenge betalingene kan anses som ordinære. Dette begrunnes ut i fra alminnelige omsetningsinteresser.<sup>27</sup>

I enkelte tilfelle vil imidlertid gjeldsbetalingene bære preg av å være ekstraordinære. Slike ekstraordinære betalinger formodes illojale ovenfor kreditorfellesskapet, og er derfor gjort omstøtelige. Bestemmelsen i § 5-5 stiller opp tre alternative disposisjonstyper som normalt vil være ekstraordinære. Dersom betaling av gjeld har skjedd med usedvanlig betalingsmiddel, før normal betalingstid, eller med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne, kan betalingen omstøtes, forutsatt at disse betalinger ikke likevel fremstod som ordinære. Bestemmelsen trekker altså samtidig en *grense* for det omstøtelige ved den såkalte ordinærreservasjonen.<sup>28</sup>

Etter det første alternativ i § 5-5 er det klart at betaling med penger eller andre betalingsmidler med lignende funksjon, ikke kan anses som usedvanlig betalingsmiddel.<sup>29</sup> Normalt vil heller ikke betaling i annet enn penger være usedvanlig dersom betalingsmiddelet er avtalt før eller samtidig med gjeldspådragelsen.<sup>30</sup> Betaling foretatt med usedvanlig betalingsmiddel vil sjeldent samtidig kunne være ordinær. Ordinærreservasjonen får derfor liten selvstendig betydning etter dette alternativet.<sup>31</sup>

Alternativet om betaling før normal betalingstid, betyr som utgangspunkt at all betaling foretatt før forfall vil være ekstraordinær, og dermed omstøtelig.<sup>32</sup> Ordinærreservasjonen innebærer imidlertid at f. eks. betaling foretatt noen få dager før forfall for å forsikre seg om rettidig betaling, likevel ikke kan omstøtes, da slike betalinger må anses som ordinære.<sup>33</sup>

Det tredje alternativet gir anvisning på et økonomisk vurderingstema. Betalinger som betydelig forringer en skyldners betalingsevne regnes som ekstraordinære, og kan

---

<sup>27</sup> Rt. 1997, s. 1623, første avsnitt på s. 1627.

<sup>28</sup> Ordinærreservasjonen drøftes nærmere under i punkt 4.4.

<sup>29</sup> Andenæs 1999, s. 247.

<sup>30</sup> Andenæs 1999, s. 248.

<sup>31</sup> Andenæs 1999, s. 251.

<sup>32</sup> Andenæs 1999, s. 251.

<sup>33</sup> NOU 1972:20, s. 291.

derfor omstøtes. Det har vært antydning i teorien at en betaling trolig vil være ”betydelig”, og dermed ekstraordinær, når den innebærer en reduksjon på 10-25 % av skyldnerens aktiva.<sup>34</sup> Forarbeidene sier imidlertid at en betaling etter dette alternativ likevel vil være ordinær dersom den er foretatt i ”*vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning*”.<sup>35</sup>

Forutsetningen for at omstøtelse skal kunne skje etter § 5-5 er at betalingen er foretatt senere enn 3 måneder før fristdagen, jfr. 1. ledd.

Regelen i § 5-5 er meget praktisk og har derfor stor betydning. Dette fremkommer tydelig ved at § 5-5 har vært anført som grunnlag for omstøtelse i 6 av de 8 avsagte høyesterettsdommer som gjelder omstøtelse etter dekningsloven.<sup>36</sup>

### 3.2.5 Særskilte dekningsmuligheter for kreditor

#### 3.2.5.1 Innledning

Dersom kreditor i løpet av de siste 3 måneder før fristdagen har skaffet seg en særskilt dekningsmulighet for sitt krav, enten ved å sikre seg pant for eldre gjeld, eller ved utlegg, kan han etter visse regler likevel risikere at sikkerheten omstøtes, og at han således stiller på lik linje med øvrige kreditorer med usikrede krav mot boet.

Det samme vil gjelde der kreditor ved hjelp av motregning oppnår en særskilt mulighet til dekning, som ikke er mulig for de øvrige kreditorer som ikke sitter i en slik motregningsposisjon.

I de tre neste punktene skal jeg kort se på tre regler i dekningsloven som åpner for å omstøte etableringer av slike særlige dekningsmuligheter.

#### 3.2.5.2 Omstøtelse av motregning

Motregning den siste tiden før konkurs åpnes vil lett kunne ses som begunstigelse av den kreditor som får dekket sitt krav. Derfor er det naturlig at også slike disposisjoner

---

<sup>34</sup> Andenæs 1999, s. 254, og Huser 1992, s. 314.

<sup>35</sup> NOU 1972:20, s. 292.

<sup>36</sup> Rt. 1993, s. 289, Rt. 1995, s. 222, Rt. 1996, s. 1647, Rt. 1997, s. 1623, Rt. 1999, s. 64 og Rt. 2001, s. 1136.



kan omstøtes. Bestemmelsen i § 5-6 åpner for omstøtelse av visse nærmere angitte tilfeller av motregning. Den gir altså ingen adgang til å omstøte motregning på generelt grunnlag.<sup>37</sup>

Omstøtelsesfristen etter § 5-6 er, som nevnt over i punkt 3.2.5.1, 3 måneder.

Bestemmelsen skiller seg noe fra de øvrige objektive omstøtelsesreglene ved at den også har innslag av subjektive regler i 1. ledd, 2. pkt. og 2. ledd, 1. pkt. Forholdet mellom de subjektive regler i § 5-6 og bestemmelsen i § 5-9, samt omstøtelsesfristens lengde for de subjektive regler i § 5-6, kommer jeg kort tilbake til under punkt 3.3.

Regelen i § 5-6 suppleres av de øvrige omstøtelsesregler, blant annet ved at § 5-5 åpner for omstøtelse der motregningsposisjonen er etablert på en slik måte at motregningen må likestilles med en omstøtelig betaling, og videre ved at § 5-9 supplerer de subjektive regler i § 5-6.<sup>38</sup>

### 3.2.5.3 Pant for eldre gjeld

I enkelte tilfeller har kreditor en usikret fordring mot skyldneren som han i ettertid vil etablere sikkerhet for. Når skyldneren stiller sikkerhet for eldre gjeld er dette ikke kredittskapende, slik tilfellet er ved ny gjeld. Har skyldneren ikke tilstrekkelige midler, vil en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld derfor innebære en favorisering av en kreditor på bekostning av de øvrige.<sup>39</sup> Dette er ikke i samsvar med likhetsprinsippet. Dermed kan det sies å foreligge en formodning for illojalitet ved slike disposisjoner, i den grad de finner sted den siste tid før konkurs.

Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld kan for det første omstøtes der sikkerheten stilles for gjeld som er pådratt før sikkerheten ble avtalt, jfr. § 5-7, litra a, og for det andre der rettsvernet ikke er brakt i orden uten unødige opphold etter at gjelden ble pådratt, jfr. litra b.

Omstøtelsesfristen er også her 3 måneder.

Pant og overdragelse i sikringsøyemed omfattes av § 5-5, 4. ledd, og er således unntatt fra anvendelsesområdet for § 5-7.

---

<sup>37</sup> Andenæs 1999, s. 259.

<sup>38</sup> Andenæs 1999, s. 259.

<sup>39</sup> Andenæs 1999, s. 264.

#### 3.2.5.4 Omstøtelse av utlegg

§ 5-8 bestemmer at utleggsforretninger som er stiftet senere enn 3 måneder før fristdagen ikke har noen rettsvirkning ovenfor boet.<sup>40</sup>

Der bestemmelsen i § 5-7 retter seg mot tilfeller der skyldneren *frivillig* stiller sikkerhet for eldre gjeld, vil § 5-8 omfatte sikkerhetsstillelse oppnådd ved *utlegg*.

Selv om utlegg alltid vil utgjøre pant for eldre gjeld, omfattes utlegg altså ikke av § 5-7, men kan derimot omstøtes etter en egen regel. Begrunnelsen for dette skillet er i hovedsak at utlegg innebærer enkeltforfølgning, og lovgiver ønsket ved § 5-8 å samordne forholdet mellom enkelt- og fellesforfølgning den siste tiden før en konkurs.<sup>41</sup> En annen begrunnelse for regelen er dessuten at man ønsket å hindre kontraktspantsettelse maskert som utlegg.<sup>42</sup>

#### 3.2.6 Særregler for skyldnerens nærstående

For flertallet av de objektive omstøtelsesregler gjelder visse særregler for skyldnerens nærstående. Reglene må ses som unntak fra hovedreglene i de enkelte bestemmelsene.

Nærståenderegler begrunnes med at formodningen for illojalitet gjør seg enda sterkere gjeldende der den annen part er en nærstående, enn ved øvrige disposisjoner. Det er sannsynlig at svak økonomi og en nært forestående konkurs er motivasjonen bak en del disposisjoner av denne art. I enkelte slike tilfeller kan det dessuten tenkes at skyldneren også etter en disposisjon er foretatt kan nyte godt av formuesgodet, samtidig som godet er unndratt fra å tjene til dekning for kreditorfellesskapet.<sup>43</sup> Dermed er det naturlig å utvide boets adgang til å foreta omstøtelse i slike tilfeller.

---

<sup>40</sup> Mer om den spesielle formulering i § 5-8, "har ingen rettsvirkning ovenfor boet", følger under i punkt 4.9.

<sup>41</sup> Andenæs 1999, s. 275.

<sup>42</sup> NOU 1972:20, s. 296.

<sup>43</sup> Visse disposisjoner av denne art, særlig når de er foretatt mellom nærstående, kan tenkes å ligge i grenseland for proforma og kan derfor angripes alt på dette grunnlag. At det likevel åpnes for omstøtelse i slike situasjoner vil trolig spare boet for tid og kostnader, samt virke prosessbesparende, ved at den annen part ikke ser seg tjent med å bestride boets påstand om proforma siden disposisjonen uansett kan omstøtes dersom den er reell.

Loven skiller mellom to grupper av nærstående. Den ene gruppen består av skyldnerens samlivspartner, definert i loven som ”ektefelle, ugifte samboende, eller forlovede”. Den andre gruppen omfatter alle de resterende typer nærstående *utover* skyldnerens samlivspartner, slik begrepet er definert i dekl. § 1-5.

Regler som utvider omstøtelsesadgangen for den sistnevnte gruppe finner vi i §§ 5-2, 5-4, 5-5, 5-7 og 5-8. Disse reglene utvider omstøtelsesfristen til 2 år. Imidlertid åpnes det for at omstøtelse likevel ikke kan finne sted dersom det bevises at skyldneren utvilsomt var solvent da disposisjonen fant sted. Som utgangspunkt har boet bevisbyrden for at vilkårene i de objektive regler er oppfylt.<sup>44</sup> Solvensregelen innebærer imidlertid at bevisbyrden snus, og at det blir opp til den annen part å bevise at skyldneren faktisk var solvent da disposisjonen ble foretatt. Begrunnelsen for en slik solvensregel er at dersom solvens kan bevises, bortfaller noe av grunnlaget for formodningen om illojalitet.

For den førstnevnte gruppen av nærstående, altså skyldnerens samlivspartner, utvides imidlertid adgangen til omstøtelse ytterligere. Omstøtelsesfristen er også her 2 år, men hos denne gruppen gjør formodningen om illojalitet seg særlig sterkt gjeldende, og det åpnes derfor ikke for adgang til å føre bevis for skyldnerens solvens. Omstøtelsesfristen gjelder etter denne regel altså *ubetinget*.<sup>45</sup> Regler som omfatter skyldnerens samlivspartner finner vi i §§ 5-2, 5-4, 5-5 og 5-7.

I tillegg til de to ovennevnte regelgrupper finnes ytterligere to særregler som gjelder for skyldnerens nærstående.

For det første finnes det en regel som også for skyldnerens samlivspartner åpner for muligheten til å føre bevis for skyldnerens solvens. § 5-2, 3. ledd, 2. punktum, utvider omstøtelsesfristen til 5 år dersom den samlede verdien av gaver til ektefelle, samboer eller forlovede overstiger ti ganger folketrygdens grunnbeløp. Den delen av gavene som overskyter denne beløpsgrensen kan omstøtes.

For det andre finnes det en spesialregel for nærstående i § 5-4. Bestemmelsen gir § 5-2 tilsvarende anvendelse for visse nærmere angitte disposisjoner som kan sies å ha et

---

<sup>44</sup> NOU 1972:20, s. 298.

<sup>45</sup> Huser 1992, s. 162.

større eller mindre element av gave i seg, og som er foretatt ovenfor skyldnerens nærstående. Eksempler på slike disposisjoner er utbetaling av lønn eller vederlag for kjøp. Omstøtelsesfristene etter § 5-4 er de samme som for § 5-2, og fristen løper fra utbetalingen, som tilsvarer ”fullbyrdelsen” etter reglene i § 5-2.<sup>46</sup>

### 3.3 De subjektive regler

Subjektiv omstøtelse er avhengig av utvist skyld hos den annen part. Medkontrahenten må ha vært klar over at den foretatte disposisjon var illojal ovenfor kreditorfellesskapet. I tillegg omfattes og de uaktsomme tilfeller der den annen part burde kjent til de omstendigheter som gjorde disposisjonen illojal. De subjektive reglene skal altså ramme de særlig klanderverdige og betenkelige disposisjoner.

Subjektive omstøtelsesregler finnes i hovedsak i dekningslovens § 5-9, men også i § 5-6, 1. ledd, 2. punktum, og 2. ledd, 1. punktum, som nevnt over i punkt 3.2.5.2. Hovedvekten i denne oppgaven vil imidlertid ligge på den alminnelige subjektive omstøtelsesregel i § 5-9, da det er denne som må anses å være av størst betydning.

De nærmere vilkår i § 5-9 blir gjennomgått under punkt 4. Kort kan det likevel her sies at bestemmelsen lister opp tre alternative disposisjoner i 1. ledd som kan føre til omstøtelse, nemlig disposisjoner som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning, disposisjoner som unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne, og disposisjoner som forøker skyldnerens gjeld til skade for fordringshaverne. Både begunstigelser og forringelser omfattes etter dette av § 5-9. I tillegg er det et vilkår etter § 5-9 at skyldnerens økonomi var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og at disposisjonen var utilbørlig ovenfor kreditorfellesskapet. Samtlige av disse vilkår er objektive. Selve det subjektive vilkåret ligger i at den annen part må ha kjent til eller burde ha kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

Som nevnt i punkt 3.2.5.2 suppleres § 5-6 av den subjektive regel i § 5-9. Omstøtelse ved motregning kan altså som utgangspunkt finne sted også etter § 5-9, og de to bestemmelsene vil dermed overlappe hverandre på enkelte punkter. Reglene inneholder

---

<sup>46</sup> Andenæs 1999, s. 234.

imidlertid noe ulike vilkår for omstøtelse som dermed medfører at de likevel vil ha sine selvstendige anvendelsesområder.<sup>47</sup> Som eksempel mangler § 5-6 utilbørighetskriteriet som § 5-9 har, og dessuten er kravet til insolvens etter § 5-6 strengere enn det økonomiske vilkåret i § 5-9. Det fremgår heller ikke av § 5-6 at det er et krav at boet må lide tap for å kunne omstøte, men dersom man antar at virkningen av de subjektive reglene i § 5-6 reguleres av § 5-12, og ikke § 5-11 (se punkt 4.8), vil det i realiteten likevel foreligge et slikt krav om tap for omstøtelse.<sup>48</sup>

Fristen for omstøtelse etter § 5-9 er 10 år. For de subjektive regler i § 5-6 er det tilsynelatende ikke lovfestet noen bestemt omstøtelsesfrist. I teorien er det noe uenighet om det også her skal gjelde en 10 års frist etter analogi fra dekn. § 5-9, eller om fristen alternativt må bestemmes ut i fra reglene for foreldelse av skadeserstatningskrav etter foreldelsesloven § 9, eventuelt etter den alminnelige frist i samme lovs § 2.<sup>49</sup> Løsningen på dette spørsmålet er uklar.

## **4 Komparativ del**

### **4.1 Videre opplegg**

Hittil i denne avhandling har jeg tatt for meg omstøtelsesreglenes historikk og rettskildesituasjon, samt reglenes bakenforliggende hensyn og funksjoner. I punkt 3 gikk jeg relativt kort gjennom de ulike omstøtelsesregler omfattet av dekningsloven, både de objektive og de subjektive regler. Hensikten med denne gjennomgangen var å gi en oversikt over reglene, som vil være et nødvendig utgangspunkt for den komparative delen av oppgaven som nå følger.

Videre under dette punkt vil jeg forsøke å trekke noen sammenligninger mellom de objektive og subjektive regler. I det følgende vil jeg først se nærmere på de retts tekniske

---

<sup>47</sup> Huser 1992, s. 344.

<sup>48</sup> Huser 1992, s. 344-345.

<sup>49</sup> Andenæs 1999, s. 263, Huser 1992, s. 66-68 og Barbo i Norsk Lovkommentar, note 178 til dekningsloven.

hensyn som ligger til grunn for skillet mellom de to regelsett. Deretter tar jeg utgangspunkt i de enkelte vilkår i den subjektive omstøtelsesregel i § 5-9, for en punktvis sammenligning mot de objektive regler. I punkt 4.8 ser jeg nærmere på ulikhetene i omstøtelsesfristens lengde for de to regeltyper, før jeg til slutt i punkt 4.9 kort foretar en sammenligning av § 5-11 og § 5-12, som omhandler virkningene av henholdsvis objektiv og subjektiv omstøtelse.

## 4.2 Reglenes retstekniske utforming

Som fremhevet i oppgavens innledning i punkt 1.1, er retstekniske hensyn et viktig moment for å forklare skillet mellom subjektive og objektive regler. Med retstekniske hensyn menes at reglene bør utformes slik at de ikke blir for vanskelige å praktisere, og at de heller ikke virker unødvendig prosesskapende.

*De objektive regler* er gjennomgående utformet med sikte på at de skal være enkle å håndheve. Lovgiver ønsket en hurtig og effektiv bobehandling. Forarbeidene fremhever at det sett fra boets side er ”*vesentlig at reglene om omstøting er klare og gir minst mulig grunnlag for tvist.*”<sup>50</sup> At reglene er enkle å praktisere gjør dessuten at de bedre kan oppfylle sitt formål og ivareta sine funksjoner. Som eksempel vil trolig reglenes preventive effekt forbedres ved at klare og enkle regler skaper forutsigbarhet, som igjen vil gjøre det enklere for partene å innrette seg etter reglene. I hovedsak omfatter dessuten de objektive regler de mest praktiske disposisjonstyper, slik at boet stort sett kan forholde seg til objektive regler, med mindre man er utenfor de aktuelle omstøtelsesfrister.

*Den subjektive regel* utgjør en motsetning til de retstekniske utgangspunkter som gjelder for de objektive regler. Bestemmelsen i § 5-9 inneholder en rekke vurderingspregede og omfattende vilkår som ofte kan være vanskelig å bevise, og som dermed krever boet for store ressurser. Den lange omstøtelsesfristen vil og, sett i en slik bevismessig sammenheng, kunne skape problemer for boet. Samlet medfører dette at omstøtelse på subjektivt grunnlag kan bli en meget omfattende affære, sett i forhold til de mer kurante objektive regler.

---

<sup>50</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 161.

I de følgende punkter i denne avhandlingens komparative del vil disse retstekniske forskjeller mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler komme klart til syne.

### 4.3 Gjenstanden for omstøtelse

#### 4.3.1 Innledning

Et viktig moment ved omstøtelsesreglene er angivelsen av hvilke disposisjoner som kan omstøtes. Videre i dette punkt vil jeg først se nærmere på *hva* som kan sies å være gjenstand for omstøtelse (punkt 4.3.2), og deretter *hvem* som må ha foretatt den aktuelle disposisjon (punkt 4.3.3), for at omstøtelse skal kunne skje.

#### 4.3.2 Disposisjonen

Angivelsen av selve gjenstanden for omstøtelse er ulik for de objektive og subjektive regler.

I de *objektive regler* er de omstøtelige disposisjoner som nevnt kasuistisk angitt. Som det fremkom over i punkt 4.2 må dette ses på bakgrunn av retstekniske hensyn. Konkrete disposisjonsangivelser gjør reglene enklere å praktisere. Spesifikke angivelser av gjenstanden for omstøtelse bidrar dessuten også til at reglene virker prosessbesparende. Ved kasuistiske disposisjonsangivelser vil man trolig unngå enkelte tvilstilfeller der det er uklart om det i det hele tatt kan sies å foreligge en disposisjon.

Et eksempel fra rettspraksis som illustrerer at konflikttemaet kan dreie seg om hvorvidt det foreligger en disposisjon omfattet av de objektive regler eller ei, finnes i Rt. 1994, s. 792 - Namtvedt. Dommen gjelder omstøtelse etter § 5-9, men kan likevel brukes til illustrasjon av den nevnte problemstilling i forhold til de objektive regler. Disposisjonen i den aktuelle sak bestod i at banken, etter innbetaling av frisk kapital på en kassakredittkonto som stod i bankens favør, benyttet det innbetalte beløp til avskrivning på bankens fordring. Deretter satte banken en ny, og lavere grense, for kassakreditten. Den ene part i saken mente at dette måtte ses som betaling med usedvanlige betalingsmidler, som ville vært rammet av § 5-5 dersom ikke den objektive omstøtelsesfrist hadde vært utløpt. Den annen part hevdet imidlertid at det ikke forelå noen disposisjon i det hele tatt, verken etter de objektive eller subjektive regler. Før saken kom for Høyesterett kom

partene til enighet om at det måtte sies å foreligge en disposisjon. Saken viser likevel at spørsmålet om hvorvidt det foreligger en disposisjon eller ikke, også i relasjon til kasuistiske objektive regler, kan være en kilde til konflikt i enkelte tilfeller.<sup>51</sup>

Den *subjektive regelen* i § 5-9 beskriver gjenstanden for omstøtelse som ”disposisjoner”. Spørsmålet blir så hva som nærmere ligger i dette begrep.

For det første må disposisjonsbegrepet i § 5-9 antas å omfatte de disposisjonstyper som fremkommer av de ulike objektive regler, f. eks. gaver, jfr. § 5-2, eller gjeldsbetalinger, jfr. § 5-5.<sup>52</sup>

Det kan imidlertid tenkes et unntak fra dette utgangspunkt. I teorien har det vært hevdet at utlegg ikke nødvendigvis omfattes av disposisjonskriteriet i § 5-9.<sup>53</sup> Det kan være tvilsomt hvorvidt et utlegg kan ses som en ”disposisjon” fra utleggstakerens side, og enkelte andre lovbestemmelser trekker dessuten et terminologisk skille mellom disposisjoner og tvangsforretninger, eksempelvis dekn. § 5-10 og strl. § 283a, 1. ledd, nr. 1.<sup>54</sup>

Løsningen etter gjeldende rett må trolig likevel være at utlegg ses som en disposisjon etter § 5-9.<sup>55</sup> Denne konklusjon støttes av formålet bak § 5-9 som stiller opp bestemmelsen som en slags generalklausul som skal supplere de objektive regler. Reelle hensyn tilsier også en slik løsning, slik at man unngår uheldig forskjellsbehandling.

Et eksempel på slik forskjellsbehandling kan tenkes der en kreditor forstår at debitor nærmer seg konkurs, og derfor skaffer seg pant i form av utlegg. Legges det til grunn at utlegg ikke omfattes av ”disposisjoner” etter § 5-9, kan disposisjonen ikke omstøtes dersom fristen etter § 5-8 er oversittet. Derimot vil kreditor som har mottatt frivillig betaling kunne risikere å få denne disposisjonen omstøtt, selv om fristen etter den

---

<sup>51</sup> Det må presiseres at det vil være begrenset hva en kan oppnå ved spesifikke disposisjonsangivelser. I enkelte tilfeller vil disposisjoner være så kompliserte at det ville gå ut over lovtekniske kvaliteter dersom man uttømmende skulle forsøke å angi alle de underkategorier som kan tenkes omfattet av de objektive regler.

<sup>52</sup> Huser 1992, s. 471 og Andenæs 1999, s. 278.

<sup>53</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>54</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>55</sup> Huser 1992, s. 474. Andenæs 1999, s. 279 trekker tilsynelatende ingen konklusjon, men nøyer seg med å fastslå at løsningen er uklar.



objektive regel er oversittet, fordi disposisjonen her omfattes av § 5-9.<sup>56</sup> Dette gir anvisning på et lite rimelig resultat, og en tilsynelatende vilkårlig forskjellsbehandling.

Om utlegg kan sies å omfattes av § 5-9 eller ikke vil uansett være av mindre praktisk betydning. Utleggsforretninger vil nemlig normalt ikke oppfylle utilbørighetsvilkåret i § 5-9.<sup>57</sup> Adgangen til omstøtelse av utlegg etter § 5-8 er, som nevnt tidligere i punkt 3.2.5.4, ikke begrunnet i en formodning om illojalitet, og dermed kan det heller ikke formodes at utlegg er utilbørlig i forhold til § 5-9.

For det andre vil den subjektive regel i § 5-9 også omfatte disposisjoner utover de typer som fremkommer av de objektive regler. Den vide formulering av gjenstanden for omstøtelse i § 5-9 må ses som et resultat av bestemmelsens generelle karakter. En del av formålet bak § 5-9 er nettopp at bestemmelsen skal fange opp disposisjoner som av ulike årsaker ikke omfattes av de objektive regler. § 5-9 er delvis av denne grunn omtalt som en generalklausul innen omstøtelse.<sup>58</sup>

Hva slags disposisjoner som omfattes av § 5-9 utover de typer som fremkommer av de objektive regler, har tradisjonelt vært noe uklart. Det er derfor vanskelig å angi mer konkret hva som omfattes av disposisjonskriteriet. Et eksempel som kan tenkes vil være debtors *forbruk* av aktiver. Dersom skyldneren ser at det går mot konkurs, og dermed bestemmer seg for at han like gjerne kan bruke pengene på luksusgoder, f. eks. et luksuscruise, kan muligens boet kreve omstøtt reisebyråets salg av ferieturen.<sup>59</sup>

Imidlertid er det mulig å klargjøre det nærmere innhold av disposisjonskriteriet i § 5-9 ved å si noe om hva som normalt *ikke* omfattes av kriteriet.

Det fremkommer av forarbeidene at dersom det skal være tale om en disposisjon etter § 5-9, må det dreie seg om en "*rettslig forpliktende opptreden*".<sup>60</sup> Tilsynelatende stiller forarbeidene opp et krav om at det må foreligge en juridisk bindende disposisjon for

---

<sup>56</sup> Eksempel hentet fra Ørgaard 1997, s. 124.

<sup>57</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>58</sup> Huser 1992, s. 463.

<sup>59</sup> Huser 1992, s. 489.

<sup>60</sup> NOU 1972:20, s. 298.

at disposisjonskravet skal være oppfylt.<sup>61</sup> Det trekkes slik en grense mot faktiske handlinger og unnlater.<sup>62</sup> Den samme avgrensningen kan for øvrig også trekkes i forhold til den objektive regel i § 5-2 om gaver.<sup>63</sup>

Som eksempel på en faktisk handling som må unntas fra både gaveregelen i § 5-2 og disposisjonsbegrepet i § 5-9, er det i teorien nevnt et tilfelle der A river et bygg på sin tomt som tilfeldig stenger for B's utsikt.<sup>64</sup> En slik rivning kan etter omstendighetene innebære økonomisk tap for A og vinning for B. Det må likevel være klart at det ikke foreligger en gave i et slikt tilfelle, og heller ingen "disposisjon" etter § 5-9, da den faktiske handlingen ikke kan sies å være rettet *mot* B. At B oppnår en tilfeldig fordel kan ikke være tilstrekkelig til å gjøre handlingen omstøtelig.

Spørsmålet blir videre om avgrensningen mot faktiske handlinger og unnlater må ses som en regel som gjelder fullt ut, altså uten rom for unntak. Dersom unnlater og faktiske handlinger unntas fra disposisjonsbegrepet i § 5-9 risikerer man at det blir et "hull" i lovverket som åpner for omgåelse av omstøtelsesreglene. Dette kan medføre uheldige og urimelige resultater.<sup>65</sup>

Et tilfelle der en unnlater bør ses som en disposisjon omfattet av § 5-9, er der passiviteten etter tradisjonelle avtalerettslige prinsipper må anses som bindende.<sup>66</sup> I slike situasjoner må passiviteten ses som dispositiv, og dermed må boet kunne omstøte.

Et eksempel der en unnlater bør ses som en disposisjon har vi der debitor ved passivitet unnlater å gjøre krav på en fordring, slik at den til slutt foreldes. Passiviteten må trolig her innebære en gave i forhold til debitor.<sup>67</sup> Fra kreditors side må passiviteten anses å være bevisst, motivert av berikelse for debitor. Dette tilsier at disposisjonen bør kunne omfattes av det omstøtelige etter både § 5-2 og § 5-9.

---

<sup>61</sup> Huser 1992, s. 478.

<sup>62</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>63</sup> Andenæs 1999, s. 226.

<sup>64</sup> Andenæs 1999, s. 226.

<sup>65</sup> Andenæs 1999, s. 226.

<sup>66</sup> NOU 1972:20, s. 298 gir uttrykk for en slik forståelse. Huser 1992, s. 478 tolker forarbeidene i samme retning.

<sup>67</sup> Huser 1992, s. 141 og Andenæs 1999, s. 227.

Samlet bør det etter dette konkluderes med at det i enkelte tilfeller må være forsvarlig at også unnlater og faktiske handlinger omfattes av disposisjonsbegrepet. Imidlertid må det presiseres at *hovedregelen* likevel vil være at faktiske handlinger og unnlater ikke regnes som ”disposisjoner” etter § 5-9.<sup>68</sup> I denne sammenheng kan det tilføyes at en fordringshaver uansett kan være ansvarlig etter alminnelige erstatningsregler også for faktiske handlinger og unnlater dersom disse fører til skade på skyldnerens eiendeler.<sup>69</sup> Boet vil altså her ha en mulighet til likevel å få dekket sitt tap helt eller delvis, selv om unnlater og faktiske handlinger holdes utenfor disposisjonsbegrepet i § 5-9.

#### 4.3.3 Personelle begrensninger

*Hvem* som nærmere har foretatt en disposisjon kan være avgjørende for omstøtelsesadgangen.

De objektive regler begrenses i hovedsak til å omfatte disposisjoner foretatt av skyldneren selv.<sup>70</sup> Ved at det klart fremtrer hvem som må ha foretatt en disposisjon for at omstøtelse skal kunne skje, blir reglene enklere å praktisere. Detter er igjen i tråd med de bakenforliggende retts tekniske hensyn.

Etter den sedvanerettslige subjektive regel som gjaldt før § 5-9 trådte i kraft, var det samme prinsippet lagt til grunn for subjektiv omstøtelse.<sup>71</sup> En grunn til dette kan ha vært at man etter Actio Pauliana, som den subjektive regel altså bygger på, tradisjonelt rettet fokus mot debtors illojale handlinger ovenfor kreditorfellesskapet.<sup>72</sup> Det kan dermed spørres om den samme begrensning gjelder også etter vedtagelsen av § 5-9.

Typisk vil en disposisjon etter § 5-9 være foretatt av skyldneren. § 5-9 er imidlertid meget generell når den angir ”disposisjoner” som gjenstand for omstøtelse. Bestemmelsens

---

<sup>68</sup> NOU 1972:20, s. 298.

<sup>69</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>70</sup> Omstøtelse av utlegg etter § 5-8 skiller seg noe fra de øvrige objektive regler. Utlegg kan vanskelig sies å innebære en disposisjon fra skyldnerens side. se Huser 1992, s. 474. Det vil likevel være klart når det er foretatt et utlegg, og derfor må også denne bestemmelsen sies å være i tråd med retts tekniske hensyn.

<sup>71</sup> Huser 1992, s. 473-474.

<sup>72</sup> Huser 1992, s. 472.

ordlyd tilsier etter dette at også disposisjoner foretatt av skyldnerens fordringshavere vil omfattes av regelen.<sup>73</sup>

Som eksempel på dette nevner forarbeidene at en motregningserklæring fra kreditors side kan omstøtes (forutsatt at de øvrige vilkår for omstøtelse er til stede). Videre vil også en avtale foretatt mellom to kreditorer kunne tenkes omstøtt etter § 5-9. Det vil si at debitor ikke en gang behøver å være adressat for en disposisjon for at den skal kunne omstøtes etter § 5-9.<sup>74</sup>

Huser trekker dette enda lenger og påpeker at omstøtelse på subjektivt grunnlag heller ikke behøver å begrenses til disposisjoner innen kreditors rekke. Resultatet blir etter et slikt synspunkt at alle disposisjoner som oppfyller de øvrige vilkår i § 5-9 kan omstøtes.<sup>75</sup> En slik tolkning må imidlertid ses på bakgrunn av forutsetningen for subjektiv omstøtelse, som innebærer at det foreligger en sterkt klanderverdig handling. Dermed kan reelle hensyn tilsi at det ville være urimelig å fritta enkelte fra et slikt ansvar ut i fra en personell begrensning av ansvaret.<sup>76</sup>

Imidlertid fremgår det av § 5-9 at omstøtelse skjer ovenfor ”den annen part”. Det ser dermed ut til å være et minimumskrav at vedkommende det reises omstøtelseskrav ovenfor, har vært part i disposisjonen.<sup>77</sup>

Med unntak av sistnevnte begrensning må situasjonen etter gjeldende rett altså være at det ikke gjelder personelle begrensninger etter disposisjonskriteriet i § 5-9.<sup>78</sup>

Fra dette utgangspunkt må det imidlertid gjøres en presisering. Det er etter drøftelsen over i dette punkt ikke tvil om at § 5-9 personelt har et videre anvendelsesområde enn de objektive regler. Likevel kan man ikke bestandig tolke de objektive regler helt bokstavelig når det gjelder de personelle begrensninger som fremgår av ordlyden.

---

<sup>73</sup> Andenæs 1999, s. 279.

<sup>74</sup> NOU 1972:20, s. 298.

<sup>75</sup> Huser 1992, s. 475.

<sup>76</sup> Huser 1992, s. 475.

<sup>77</sup> Huser 1992, s. 475.

<sup>78</sup> Huser 1992, s. 473-474.

Som eksempel sier § 5-2 at gave som ”skyldneren” har fullbyrdet kan omstøtes. Etter en naturlig språklig forståelse må dette tolkes dit hen at bestemmelsen personelt avgrenses til disposisjoner foretatt av skyldneren selv. En slik tolkning kan imidlertid ikke alltid legges til grunn. Det kan ikke kreves unntaksfritt at giveren rent fysisk må være debitor. Det er klart at også gaver fullbyrdet ved en fullmektig vil falle inn under § 5-2.<sup>79</sup>

Et annet eksempel blant de objektive regler kan tenkes i forbindelse med § 5-5. Også her angir bestemmelsen ”skyldneren” som den som personelt må ha foretatt betalingen. Bestemmelsen retter seg tydelig mot tilfeller der en disposisjon foretas mellom debitor og kreditor. Imidlertid kan det også her tenkes omstøtelige disposisjoner som personelt strekker seg utover dette. Betalinger foretatt fra debitor, via en tredjemann, vil falle inn under det omstøtelige etter § 5-5.<sup>80</sup> Dersom debitor benytter seg av et bud for å foreta en betaling, vil altså disposisjonen likevel måtte sies å være foretatt av ”skyldneren”.

Det har vært hevdet i teorien at det alminnelige prinsippet i moderne formuesrett om å skjære i gjennom en disposisjons form, for å vektlegge disposisjonens realitet, også må gjelde innen omstøtelseslæren.<sup>81</sup> Gjennomskjæring gjør at forsøk på å omgå de relativt snevre personelle begreper i de objektive bestemmelsene, kan hindres.<sup>82</sup>

Gjennomskjæring i forhold til ulike objektive regler har blitt resultatet i en rekke dommer. Et eksempel er avgjørelsen i Rt. 1925, s. 158. Faktum i saken var at et aksjeselskap eid av debitor (A), som hadde grunnbokshjemmel til en eiendom, utstedte en pantobligasjon til banken med sikkerhet i denne eiendom, til fordel for A. Disposisjonen ble omstøtt selv om den rent fysisk ikke var foretatt av A, med den begrunnelse at A måtte ses som den reelle eier av eiendommen. Domstolen baserte seg altså på disposisjonens underliggende realitet, slik at et forsøk på omgåelse av de objektive regler ble hindret.

---

<sup>79</sup> Huser 1992, s. 154-155.

<sup>80</sup> Huser 1992, s. 258.

<sup>81</sup> Huser 1992, s. 260-261.

<sup>82</sup> Det kan her trekkes paralleller til dekningslovens § 2-2 som gir kreditorene rett til dekning i alt som ”tilhører” skyldneren på beslagstiden. Det er etter § 2-2 de reelle forhold som legges til grunn.

Så lenge det kan sies å gjelde et slikt prinsipp om gjennomskjæring, unngår man også noen av ulempene man opplever i forhold til den personelle avgrensning ved de objektive regler.

#### 4.4 Utilbørighetskriteriet og ordinærreservasjonen

##### 4.4.1 Innledning

Utilbørighetskravet er et sentralt vilkår for omstøtelse på subjektivt grunnlag etter § 5-9. At en disposisjon regnes som utilbørlig betyr etter forarbeidene at disposisjonen er vurdert som *"klart kritikkverdig"*.<sup>83</sup> Begrepet gir altså anvisning på en moralsk vurdering. Vurderingstemaet etter kriteriet er komplekst og omfattende. Dette kommer jeg nærmere inn på under punkt 4.4.4.

For de objektive regler gjelder det som hovedregel ikke noe tilsvarende vilkår. Dette kan forklares ut i fra de retstekniske hensyn som ligger til grunn for regler av denne type. Vilkår som gir anvisning på et omfattende vurderingstema vil komplisere bruken av de objektive regler. Som en konsekvens av dette kreves det heller ikke bevist illojalitet for omstøtelse på objektivt grunnlag, og dermed vil det være i strid med reglenes forutsetning å oppstille et krav om utilbørighet for omstøtelse.

Imidlertid kan det likevel trekkes en del paralleller til et bestemt vilkår i § 5-5. Bestemmelsen inneholder som nevnt en ordinærreservasjon som har en del likhetstrekk med utilbørighetsbegrepet i § 5-9. I de følgende underpunkter vil jeg se nærmere på likheter og forskjeller mellom disse to vilkår.

##### 4.4.2 Utilbørighetskriteriet og ordinærreservasjonen som rettslig standard

Et viktig trekk ved utilbørighetskriteriet er at det regnes som en rettslig standard. Dette betyr at det er innebygget en fleksibilitet i begrepet.<sup>84</sup> Forarbeidene uttaler at utilbørighetskriteriet gjør det *"mulig - og nødvendig - for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom"*

---

<sup>83</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 170.

<sup>84</sup> Huser 1992, s. 464.

*forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg*".<sup>85</sup> Kriteriet vil altså med årene kunne få et helt annet innhold enn det hadde i utgangspunktet.

Også blant de objektive reglene finnes en slik rettslig standard, nærmere bestemt i ordinærreservasjonen i § 5-5. Dette begrepet står sentralt blant de objektive omstøtelsesregler og har vært drøftet i flere høyesterettsdommer de siste 15 år.<sup>86</sup>

Det at både utilbørighetskravet og ordinærreservasjonen er rettslige standarder som vil endres over tid, innebærer at tidspunktet som legges til grunn for vurderingen av innholdet i den rettslige standarden, kan tenkes å ha en viss betydning for hvorvidt disposisjonen regnes som omstøtelig eller ikke.

De aktuelle tidspunkter som kan tenkes lagt til grunn for vurderingen, vil være enten da disposisjonen ble foretatt, eller eventuelt på rettsanvendelsestidspunktet. Trolig må normene da disposisjonen ble foretatt legges til grunn etter begge kriterier.<sup>87</sup>

#### 4.4.3 Utilbørighetskriteriet og ordinærreservasjonen som kvalifikasjonsvilkår

I tillegg til at utilbørighetskriteriet og ordinærreservasjonen begge regnes som rettslige standarder, fungerer kriteriene også teknisk sett meget likt.

For at en disposisjon skal kunne omstøtes etter § 5-9, må disposisjonen for det første omfattes av en av de tre alternative grupper i § 5-9. Disposisjonen må enten begunstige en kreditor på de øvriges bekostning, eller unndra debtors aktiver fra å tjene til dekning for kreditorfellesskapet, eller øke debtors gjeld til skade for de øvrige kreditorer. Det første alternativ utgjør såkalte kreditorbegunstigelser, mens de to siste alternativer omfatter boforringelser, henholdsvis i form av aktivaunndragelser og gjeldsøkninger.<sup>88</sup>

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for omstøtelse etter § 5-9 at disposisjonen kan plasseres under et av disse tre alternativer. Disposisjonen må i tillegg være utilbørlig.

Ved at disposisjonen for å kunne omstøtes for det første må omfattes av en av de tre ovennevnte kategorier, og samtidig være utilbørlig, betyr det i realiteten at det oppstilles et

---

<sup>85</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 171.

<sup>86</sup> Se Rt. 1993, s. 289, Rt. 1995, s. 222, Rt. 1997, s. 1623, Rt. 1999, s. 64 og Rt. 2001, s. 1136.

<sup>87</sup> Huser 1992, s. 238 og 512.

<sup>88</sup> Huser 1992, s. 484-491.

dobbeltkrav til den aktuelle disposisjon.<sup>89</sup> Utilbørighetsvilkåret må ses i sammenheng med hver og ett av de tre alternativer. Utilbørighetskravet kan etter dette ses som et *kvalifikasjonsvilkår*.<sup>90</sup> Dette innebærer altså at ikke samtlige av de disposisjoner som faller under et av de tre alternativer i § 5-9 kan omstøtes, da disposisjonen *i tillegg* må kvalifiseres som utilbørlig. Dette illustreres av både Rt. 1994, s. 792 - Namtvedt og Rt. 1995, s. 259 - Troms Kjøtt, der de aktuelle disposisjoner i begge tilfeller ble stående fordi de ikke ble ansett som kvalifisert utilbørlig.

Det samme prinsippet finner man igjen i ordinærreservasjonen i § 5-5. Ordinærbegrepet har altså ikke bare det til felles med utilbørighetskriteriet at de begge utgjør rettslige standarder, men også at de begge fungerer som kvalifikasjonsvilkår. Som utgangspunkt faller en rekke disposisjoner inn under en av de tre disposisjonstyper som fremkommer i bestemmelsen. Ordinærreservasjonen begrenser imidlertid bestemmelsens rekkevidde.

Dommen i Rt. 1997, s. 1623 - Royal Christiania, kan her brukes for å illustrere ordinærreservasjonen som kvalifikasjonsvilkår. To hoteller innen samme konsern hadde felles økonomiavdeling og felles innkjøp. For å håndtere dette ble det opprettet en mellomregningskonto. Tvisten i saken gjaldt omstøtelse av en disposisjon som innebar en overføring til denne konto fra ett av hotellene som tilbakebetaling av et lån hotellene imellom. I tillegg var det og aktuelt med omstøtelse av en del andre overføringer til samme konto, som innebar betaling av annen gjeld for diverse varer og tjenester. Det var enighet mellom partene om at begge disposisjonstyper måtte sies å innebære en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne, slik at omstøtelse berodde på hvorvidt disposisjonene likevel kunne sies å være ordinære. Resultatet ble omstøtelse for tilbakebetalingen av lånet, mens de øvrige nedbetalinger av diverse gjeld for ulike varer og tjenester ikke ble omstøtt. Nedbetalingene ble ansett som kvalifisert ordinære fordi betalingene måtte ses som løpende driftsutgifter av ulike varer og tjenester, i motsetning til tilbakebetalingen av lånet som ikke kunne ses som rutinemessig, og dermed heller ikke

---

<sup>89</sup> Huser 1992, s. 465.

<sup>90</sup> Huser 1992, s. 464-465.



kvalifisert ordinær. Dommen er forøvrig helt i tråd med lovgivers uttalelser i forarbeidene, som sitert ovenfor i punkt 3.2.4.

Selv om både utilbørighetsbegrepet og ordinærreservasjonen teknisk sett fungerer som kvalifikasjonsvilkår, må det likevel påpekes en forskjell.

Etter § 5-9 utgjør de tre alternativer ulike grupper av disposisjoner som normalt vil være kreditorskadelig, men en disposisjon kan likevel ikke omstøtes dersom den ikke kvalifiseres som utilbørlig. Motsatt for ordinærreservasjonen; utgangspunktet for de tre alternativer er også her at de angir typer av kreditorskadelige betalinger, men her vil ordinærreservasjonen komme inn som en kvalifiserende begrensning. Man kan si det slik at utilbørighetskriteriet kvalifiserer *til* omstøtelse, mens ordinærreservasjonen kvalifiserer *fra* omstøtelse.

#### 4.4.4 Vurderingstemaet

Når man skal vurdere om en disposisjon er utilbørlig eller om en betaling likevel fremstår som ordinær, kan man enten foreta en vurdering basert på subjektive forhold ved disposisjonen, eller motsatt basert på objektive forhold.

Den subjektive regel i § 5-9 skiller seg fra de objektive regler i hovedsak ved sitt krav om skyld hos den annen part. Utilbørighetsbegrepet gir også uttrykk for at noe som omfattes av begrepet vil være sterkt klanderverdig.<sup>91</sup> Dette tatt i betraktning kan det tilsynelatende se ut til at det er en subjektiv vurderingsnorm som skal legges til grunn.

Imidlertid må det være klart at utilbørligheten etter § 5-9 må knyttes til klanderverdigheten av selve disposisjonen *objektivt sett*, og ikke til de involverte personer.<sup>92</sup> Av samme grunn klassifiseres også utilbørighetskriteriet som et objektivt vilkår i forhold til § 5-9.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Falkanger 1998, s. 106.

<sup>92</sup> Huser 1992, s. 494-495 og Barbo i Norsk Lovkommentar, note 195 til dekningsloven.

<sup>93</sup> Huser 1992, s. 495.

Den annen parts klanderverdighet er, som tidligere nevnt, også et vilkår for omstøtelse etter § 5-9, men dette fremgår ikke av utilbørighetsvilkåret.<sup>94</sup> Det subjektive kravet i § 5-9 viser seg ved vilkåret om at den annen part kjente eller burde ha kjent skyldnerens økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dette kravet kommer jeg tilbake til i punkt 4.7.

Selv om det er klart at en objektiv målestokk ligger til grunn for utilbørighetsvurderingen vil likevel enkelte subjektive forhold kunne ha en viss betydning ved vurderingen. Partenes motivasjon bak en disposisjon vil f. eks. være et viktig moment ved vurderingen, siden utilbørighetskriteriet gir en anvisning på moralske og etiske vurderinger.<sup>95</sup>

For ordinærreservasjonen i § 5-5 kan det sies å følge av ordet ”fremtrådte” i siste del av 1. ledd at det også her må foretas en objektiv vurdering.<sup>96</sup> Det at § 5-5 er å regne som en objektiv regel er også et moment som kan anføres til støtte for denne forståelse. En slik tolkning legges dessuten til grunn i Rt. 1995, s. 222 - Direkte Reklame, der det i første avsnitt på s. 226 uttales at målestokken etter § 5-5 som utgangspunkt må være objektiv.

Samlet må det derfor kunne konkluderes med at partenes subjektive oppfatninger om en disposisjon ikke skal ha betydning ved vurderingen av ordinærbegrepet. Vurderingen må knyttes an til hvorvidt disposisjonen etter de ytre, og for omverden kjente, faktorer, peker mot at betalingen var av ordinær karakter.

Visse momenter av subjektiv karakter må likevel kunne spille inn ved vurderingen også her. Dette fremkommer i det ovennevnte avsnitt i Direkte Reklame-dommen. Her sier førstvoterende at selv om utgangspunktet er en objektiv målestokk, må det foretas en *”helhetsvurdering der også debtors spesielle betalingsvaner kan få betydning”*.

---

<sup>94</sup> Det at utilbørighetsbegrepet tilsynelatende åpner for en subjektiv vurdering, gjør at en kan stille spørsmålsteget om hvorvidt det var et heldig valg fra lovgiverens side å benytte nettopp ordet ”utilbørlig” i § 5-9. Lovgiveres valg av dette begrepet er også kritisert i teorien, Huser 1992, s. 491-492. Det anføres der at begrepet allerede ved ikrafttreddelsen av dekningsloven var foreldet, og at det kanskje ville være bedre å benytte mer moderne begreper som man har benyttet i øvrige generalklausuler, eksempelvis ”urimelig”. Dette ville kanskje gi et riktigere bilde av den vurdering som skal finne sted.

<sup>95</sup> Huser 1992, s. 499-500 og Barbo i Norsk Lovkommentar, note 195 til dekningsloven.

<sup>96</sup> Huser 1992, s. 265.

Det er altså klart at det etter begge begreper skal finne sted en objektiv vurdering. Dette sier imidlertid lite om det nærmere vurderingstema for utilbørighetskriteriet og ordinærreservasjonen.

Et sentralt trekk ved avgjørelsen av en disposisjons utilbørighet etter § 5-9, er at det må foretas en helhetsvurdering.<sup>97</sup> Ved denne vurdering må det foretas en interesseavveining der samtlige berørte interesser tas i betraktning. Det betyr at en må ta hensyn til medkontrahenten, de øvrige kreditorer, og samfunnet i sin helhet.<sup>98</sup>

Også etter § 5-5 skal det foretas en helhetsvurdering.<sup>99</sup> Vurderingen må i følge Huser skje på bakgrunn av *”hva som er alminnelig, sedvanlig eller normalt i samfunnet generelt og i det aktuelle lokalsamfunn spesielt på det aktuelle tidspunkt”*.<sup>100</sup>

Spørsmålet blir etter dette om begrepene innholdsmessig sammenfaller. Dette betyr i så fall at de momenter som resulterer i at en disposisjon eventuelt regnes som ordinær, samtidig medfører at en disposisjon ikke anses utilbørlig, og omvendt at disposisjoner som må regnes som ekstraordinære også vil anses som utilbørlige.

Bestemmelsene i § 5-5 og § 5-9 benytter ulike begreper, henholdsvis ”ordinær” og ”utilbørlig”. Dette kan tolkes som et tegn på at lovgiver i sin tid mente at bestemmelsene innholdsmessig ikke skulle være sammenfallende.<sup>101</sup> Imidlertid kan dette ikke legges sikkert til grunn.

Det er klart at mange av de relevante vurderingsmomenter i forhold til ordinærreservasjonen, også gjelder for utilbørighetsvurderingen. Dette betyr imidlertid ikke nødvendigvis at vurderingene alltid blir sammenfallende. Graden av innholdsmessig sammenfall vil dessuten avhenge av hva man legger i de to ulike standardene. Å kartlegge det nærmere innhold av de to begreper vil være en meget omfattende oppgave som faller utenfor hovedemnet for denne avhandling. Jeg vil derfor videre under dette punkt nøye meg med å gi anvisning på noen utgangspunkter for vurderingen.

---

<sup>97</sup> Huser 1992, s. 499.

<sup>98</sup> Huser 1992, s. 494.

<sup>99</sup> Huser 1992, s. 264.

<sup>100</sup> Huser 1992, s. 265.

<sup>101</sup> Huser 1992, s. 532.

Som hovedregel kan man si at dersom en betaling er ekstraordinær, vil den normalt også være utilbørlig.<sup>102</sup> Dette følger alt av den alminnelige formodning om at disposisjoner som etter sin art omfattes av de objektive regler, også vil falle inn under den subjektive regel i § 5-9.

Imidlertid kan det tenkes tilfeller der det foreligger en rekke formidlende momenter i forhold til den samlede vurdering etter § 5-9, som fører til at disposisjonen likevel ikke anses som utilbørlig, selv om den etter sin art kan omstøtes etter § 5-5.<sup>103</sup> Som eksempel kan nevnes den situasjon der et krav har blitt til på en irregulær måte, eksempelvis etter en ulovlig eller straffbar handling fra debtors side, og altså ikke som et resultat av et ordinært gjeldsforhold.<sup>104</sup> Dersom det er foretatt en disposisjon som medfører dekning av et slikt krav, og de øvrige vilkår i § 5-9, utover utilbørlighetskriteriet, bare så vidt er oppfylt, kan det tenkes at disposisjonen regnes som omstøtelig etter § 5-5, men likevel ikke etter den subjektive regel i § 5-9.

Betydningen av at enkelte disposisjoner kan tenkes å falle utenfor § 5-9 selv om de omfattes av § 5-5, vil først og fremst ligge i de ulike virkninger som oppstår i etterkant av omstøtelse etter de to ulike regelsett. Det vil være gunstigere for boet å omstøte etter § 5-9, da boet i så fall kan kreve full erstatning for det tap de har lidt ved den omstøtelige disposisjon. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.9.

I hvilken grad *ordinære* betalinger kan anses som utilbørlige, er mer usikkert. Det kan anses som tvilsomt om en ordinær betaling kan ha det støtende preg som kreves etter utilbørlighetskravet i § 5-9. I teorien ser det ut til å være noe varierende oppfatninger om løsningen på dette spørsmål.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Huser 1992, s. 532.

<sup>103</sup> Huser 1992, s. 517, uttaler seg om dette i forhold til de objektive regler generelt.

<sup>104</sup> Kravets tilblivelse må anses som et relevant moment ved utilbørlighetsvurderingen, se Huser 1992, s. 513.

<sup>105</sup> Huser 1992, s. 533, ser ut til å mene at det er mulig at ordinære betalinger kan ses som utilbørlige i forhold til § 5-9. I Huser, samme sted, henvises det i note 156 til Sandvik, som kan se ut til å være av en annen oppfatning.

#### 4.5 Krav om tap for boet

Fører en disposisjon til at boet blir dårligere økonomisk stilt enn det ville ha vært dersom disposisjonen ikke var foretatt, kan det sies å foreligge et økonomisk tap.<sup>106</sup> Et eksempel der det motsatt *ikke* kan sies å foreligge noe tap for boet, er der kreditor har et fullgodt pant, men likevel mottar betaling på vanlig måte.<sup>107</sup> Denne kreditor ville uansett ha fått full dekning i boet, selv om han ikke hadde mottatt betaling før konkursen. Det foreligger dermed heller ikke noe tap for boet.

For at det skal foreligge et tap må altså en disposisjon enten ha redusert aktiva, eller økt passiva.<sup>108</sup>

Det er etter gjeldende rett klart at det kreves et slikt økonomisk tap for boet, for at det skal kunne omstøtes på subjektivt grunnlag etter § 5-9.<sup>109</sup> Bestemmelsen bygger på skyld hos den annen part, og derfor gir § 5-12 boet rett til full erstatning for det tap de har lidt. Et vilkår om økonomisk tap vil dermed være helt i tråd med de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper som må sies å ligge til grunn for subjektiv omstøtelse.<sup>110</sup>

Det kan imidlertid fremstå som noe uklart hvor et slikt tapsvilkår skal hjemles. Det er i teorien hevdet at et tapsvilkår for samtlige av de tre disposisjonstyper kan hjemles i ordene ”*til skade for dem*”, som følger umiddelbart etter siste alternativ i § 5-9.<sup>111</sup> En annen mulig tolkning er at tapsvilkåret forankres i en naturlig forståelse av hvert enkelt alternativ. Denne løsning har også støtte i juridisk teori, og delvis i lovens forarbeider.<sup>112</sup>

Hvilken løsning som legges til grunn er av underordnet betydning da det som nevnt er klart at § 5-9 inneholder et tapsvilkår.

---

<sup>106</sup> Huser 1992, s. 548.

<sup>107</sup> Huser 1992, s. 550, og Andenæs 1999, s. 287.

<sup>108</sup> Huser 1992, s. 548 med videre henvisning i note 184.

<sup>109</sup> Huser 1992, s. 124 og 547 og Andenæs 1999, s. 287.

<sup>110</sup> Huser 1992, s. 124.

<sup>111</sup> Huser 1992, s. 547. En slik løsning er også lagt til grunn for den tilsvarende danske bestemmelse i dansk teori, se Huser 1992, s. 547, note 182.

<sup>112</sup> Andenæs 1999, s. 287-290, og NOU 1972:20, s. 297 som hjemler tapsvilkåret for første alternativ i selve ordlyden.

For de objektive reglers del har det tidligere vært et omdiskutert spørsmål om det også her kunne hevdes å foreligge et generelt tapsvilkår for omstøtelse.

Et hovedmoment som må sies å tale mot et generelt tapsvilkår for de objektive regler, er at et slikt vilkår vil være i strid med de retstekniske hensyn som ligger til grunn for de objektive regler.<sup>113</sup> Dersom boet må bruke tid på å føre bevis for at tap foreligger, vil de objektive regler miste mye av den retstekniske gevinst som er oppnådd ved reglenes enkle utforming. Rettspraksis viser også at tvisten ofte vil dreie seg om det nettopp kan sies å foreligge et tap eller ei.<sup>114</sup> Et tapsvilkår kan derfor i tillegg sies å virke prosesskapende.

Et annet moment er at en innføring av et generelt tapsvilkår i realiteten vil medføre en innsnevring av de objektive reglers anvendelsesområde.<sup>115</sup> For de fleste disposisjoner viser praksis at det foreligger et tap, men de tilfeller hvor et slikt tap ikke foreligger vil med et tapsvilkår falle utenfor de objektive reglers anvendelsesområde.

Et siste moment som tilsier at det ikke bør gjelde et tapsvilkår for objektive regler kan finnes i selve grunn skillet mellom objektive og subjektive regler.<sup>116</sup> Omstøtelse på objektivt grunnlag forutsetter som nevnt ikke skyld hos den annen part. De erstatningsrettslige prinsipper som ligger til grunn for subjektiv omstøtelse foreligger altså ikke her. Av denne grunn begrenser også regelen i § 5-11 omfanget av objektiv omstøtelse til den berikelse den annen part har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon. Når virkningen av objektiv omstøtelse således er begrenset til berikelsen vil det dermed synes unaturlig å innføre et vilkår om tap for omstøtelse på objektivt grunnlag.

Problemstillingen om et tapsvilkår for de objektive regler har vært oppe i flere høyesterettsdommer. Da det her ble konkludert med at det klart forelå tap, tok Høyesterett imidlertid ikke stilling til om det på generell basis kunne sies å foreligge et tapsvilkår ved objektiv omstøtelse.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Ot. prp. nr. 26 (1998-99), s. 153.

<sup>114</sup> Rt. 1995, s. 222, Rt. 1995, s. 259, Rt. 1996, s. 1647.

<sup>115</sup> Ot. prp. nr. 26 (1998-99), s. 153.

<sup>116</sup> I denne retning også Johansen 1996, s. 239.

<sup>117</sup> Rt. 1995, s. 222, Rt. 1995, s. 259, Rt. 1996, s. 1647.

Da man foretok en etterkontroll av konkursreformen, ble et generelt tapsvilkår foreslått lovfestet for de objektive reglers vedkommende.<sup>118</sup>

Forslaget ble imidlertid avvist av departementet.<sup>119</sup> Man mente at det i de fleste tilfeller var klart at det forelå et tap, og at tapsspørsmålet kun ville bli aktuelt i unntakstilfeller. Dessuten kan det innvendes at i tilfeller der det ikke foreligger et tap, vil boet normalt heller ikke være interessert i omstøtelse. I slike situasjoner vil det for boet ikke være noe å tjene på en eventuell omstøtelse. Eksempelvis vil det være av liten interesse å omstøte betaling av gjeld foretatt med et beslagsfritt formuesgode, da boet etter omstøtelsen likevel ikke vil ha mulighet til å ta dekning i formuesgodet.

Lovgivers avvisning av et generelt tapsvilkår ved objektiv omstøtelse, må tolkes som et klart signal om at et slikt vilkår ikke ønskes for de objektive reglers del. Det kan likevel ikke utelukkes at det gjelder tapsvilkår også i forhold til objektive regler, men da ikke på *generell* basis. Eventuelle tapsvilkår må i så tilfelle baseres på en tolkning av hver enkelt bestemmelse.

Spørsmålet om et tapsvilkår for de objektive regler har særlig vært diskutert i relasjon til § 5-5, tredje alternativ, *”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”*. Det kan hevdes at det i begrepet *”har forringet”* ligger et krav om tap for kreditorfellesskapet, som et vilkår for å kunne omstøte.

Problemstillingen var oppe i Rt. 1995, s. 222 - Direkte Reklame, men Høyesterett fant det som nevnt ikke nødvendig å ta stilling til et tapsvilkår da det var klart at det i den aktuelle sak uansett forelå et tap.

I teorien konkluderes det med at et slikt tap ikke kan kreves for § 5-5.<sup>120</sup> Spørsmålet må trolig etter dette anses som uklart etter gjeldende rett.

Oppsummerende kan det etter denne gjennomgang av tapskriteriet i forhold til de subjektive og objektive regler, konkluderes med at det på dette punkt er en tydelig forskjell mellom de to regelsett. Selv om det kan tenkes oppstilt et tapsvilkår også etter den

---

<sup>118</sup> NOU 1993:16

<sup>119</sup> Ot. prp. nr. 26 (1998-99), s. 153.

<sup>120</sup> Huser 1992, s. 327.

objektive regel i § 5-5, vil dette kun utgjøre en snever unntaksregel fra den store hovedregel, som vi altså nå med sikkerhet kan si gjelder for de objektive regler.

#### 4.6 Skyldnerens økonomiske stilling

##### 4.6.1 Innledning

Ulike krav til skyldnerens økonomiske stilling fremgår av en rekke omstøtelsesregler.

Begrunnelsen for slike økonomiske vilkår er at formodningen om illojalitet forsterkes der skyldneren ved en disposisjon har, eller får, betydelig svekket økonomi. Av eiendomsprinsippet følger dessuten at en insolvent skyldner i realiteten disponerer over kreditorenes midler. Samlet tilsier dette derfor at omstøtelse bør kunne skje dersom visse økonomiske vilkår er oppfylt.

Krav til skyldnerens økonomi vil etter dette kunne spille en rolle som en slags ”sikkerhetsventil” for omstøtelse, enten ved at insolvens betinger omstøtelse, eller motsatt at solvens fritar fra omstøtelse.

Regler med krav til skyldnerens økonomiske stilling finnes i den subjektive regel i § 5-9, så vel som i en del av de objektive bestemmelser. Disse regler vil jeg se nærmere på i de følgende underpunkter.

##### 4.6.2 Det økonomiske vilkår i § 5-9

Etter den ulovfestede subjektive omstøtelsesregel gjaldt det et krav om insolvens hos skyldneren for at omstøtelse skulle kunne skje. Konkurslovutvalget foreslo denne regel videreført i dekningsloven.<sup>121</sup> Departementet valgte imidlertid å ikke lovfeste et krav om insolvens, men derimot et vilkår om at skyldnerens økonomi ”*var svak eller ble alvorlig svekket*” som følge av disposisjonen. Begrunnelsen for denne mildere variant var at man i visse tilfeller mente det kunne bli problematisk å fastslå grensen mellom solvens og insolvens. Regelen i § 5-9 ville således bli noe enklere å håndheve uten et absolutt krav til

---

<sup>121</sup> NOU 1972:20, s. 297.



insolvens.<sup>122</sup> Det fremgår altså her at retts tekniske hensyn spiller en viss rolle også i forhold til omstøtelse på subjektivt grunnlag.

Spørsmålet blir etter dette hva som kan sies å ligge i det økonomiske krav om svak eller alvorlig svekket økonomi som oppstilles i § 5-9.

Det må være klart at dersom debitor var, eller ble, insolvent ved den aktuelle disposisjon, vil det økonomiske kravet være oppfylt.<sup>123</sup>

Det følger imidlertid av ordlyden at også mindre alvorlige økonomiske problemer enn insolvens kan tenkes å oppfylle økonomivilkåret. Man kan si det slik at insolvens er et tilstrekkelig, men ikke nødvendig, vilkår for omstøtelse. Det er i teorien gitt uttrykk for at også en "*insolvenslignende økonomisk stilling*" er tilstrekkelig for at kravet i § 5-9 kan anses som oppfylt.<sup>124</sup>

Etter det første alternativ i § 5-9, der den økonomiske stilling "var svak", må det antas at det økonomiske vilkår er oppfylt også der det foreligger enten insuffisiens eller illikviditet.<sup>125</sup>

Etter det andre alternativ, "ble alvorlig svekket", må det være klart at det ikke er nødvendig at økonomien var svak i utgangspunktet.<sup>126</sup> Et eksempel på dette som nevnes i forarbeidene er et tilfelle der en person gir bort hele sin formue til en venn, for å begi seg ut på en heller risikabel forretningsferd, og hvor vennen deretter plasserer pengene slik at de ikke er tilgjengelige for kreditor fellesskapet.<sup>127</sup>

Videre er det etter andre alternativ heller ikke nødvendig at svekkelsen innebærer at skyldneren ender på det nivå som kreves etter første alternativ i økonomivilkåret. Imidlertid må det trolig kreves en relativt svak økonomi etter at disposisjonen er foretatt.<sup>128</sup> Den nærmere rekkevidde av dette alternativ er dog uklar.

---

<sup>122</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81).

<sup>123</sup> Huser 1992, s. 552-553.

<sup>124</sup> Andenæs 1999, s. 280.

<sup>125</sup> Huser 1992, s. 554.

<sup>126</sup> Huser 1992, s. 555.

<sup>127</sup> NOU 1972:20, s. 297 og Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 171.

<sup>128</sup> Huser 1992, s. 555.

#### 4.6.3 Objektive regler med krav til skyldnerens økonomiske stilling

Hovedregelen for objektive bestemmelser er at det ikke gjelder et generelt krav til skyldnerens økonomiske stilling, slik tilfellet er for den subjektive regel i § 5-9.

Utgangspunktet er altså at skyldnerens økonomiske situasjon er uten betydning for omstøtelse på objektivt grunnlag.

Denne forskjellen i forhold til § 5-9 kan forklares ut i fra det grunnleggende skillet mellom de to regelsett. De objektive regler skal som nevnt være retts teknisk enkle å praktisere. Et generelt økonomisk vilkår ville være ett skritt bort fra dette retts tekniske utgangspunkt, ved at slike vilkår åpner for omfattende bevisspørsmål.

Imidlertid finnes visse unntak fra hovedreglen på dette område, der lovgiver har ansett det som nødvendig å oppstille enkelte økonomiske kriterier. Økonomiske vilkår for objektive regler vil, som nevnt innledningsvis i punkt 4.6.1, fungere som en sikkerhetsventil ved at de enten forsterker eller svekker den formodning om illojalitet som ligger til grunn for reglene.

En regel som bidrar til å forsterke formodningen om illojalitet finnes i § 5-5, tredje alternativ. Omstøtelse etter dette alternativ krever at betalingen er foretatt med et beløp som *”betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”*. Det er uttalt i Rt. 1999, s. 64 - Teamcon, at det sentrale etter dette vilkår er skyldnerens likviditet, og ikke skyldnerens dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs. En dommer ga i en særbermerkning likevel uttrykk for at han var uenig i denne forståelse. Han mente det sentrale måtte være *”hvorvidt kreditorenes mulighet til å få dekning, vesentlig forringes”*. Dette er også i samsvar med den forståelse som er lagt til grunn i teorien.<sup>129</sup>

Vilkåret i § 5-5 skiller seg noe fra de øvrige objektive regler som inneholder økonomiske vilkår. Som det vil fremkomme under i dette punkt, baserer andre økonomiske kriterier seg på enten solvens eller insolvens. Etter § 5-5 gis det anvisning på et skjønnsmessig vurderingstema. En forringelse må trolig anses som betydelig der det foreligger en reduksjon i skyldnerens beslagbare formuesgoder på 10-25 %.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Huser 1992, s. 312 og Andenæs 1999, s. 254

<sup>130</sup> Andenæs 1999, s. 254, og Huser 1992, s. 314.

En annen regel der det økonomisk vilkår forsterker illojalitetsformodningen, finnes i § 5-3. Det heter her at et vedtak ikke binder konkursboet dersom foretaket må *”antas å ha vært insolvent”* da vedtaket ble truffet. Formuleringen i § 5-3, *”må antas”*, må tolkes slik at det kun er krav til vanlig sannsynlighetsovervekt for insolvens. Denne formuleringen er i realiteten overflødig da det samme ville følge av overvektsprinsippet som gjelder i sivilprosessen.<sup>131</sup>

Det forekommer som nevnt også visse økonomiske vilkår som, hvis de er oppfylt, svekker formodningen om illojalitet. Slike vilkår finnes i særreglene for skyldnerens nærstående, som stiller krav til solvens hos skyldneren for å hindre omstøtelse.<sup>132</sup>

Mens den subjektive regel nøyer seg med å kreve en insolvenslignende stilling, er det et skjerpet krav i motsatt retning i nærståendereglene. Det kreves at skyldneren var *”utvilsomt solvent”*. Dette innebærer at det må bevises høy grad av sannsynlighet for at det foreligger solvens.<sup>133</sup> I et obiter dictum i Rt. 1999, s. 64 - Teamcon, uttales det på s. 70 at solvensvurderingen ikke kan begrenses til tidspunktet for betalingen. Det må også vurderes om *”skyldneren innenfor et tidsrom som man med rimelighet kan bedømme, vil kunne betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.”*

Skjerpelsen må ses i den sammenheng at bevisreglene om solvens hos skyldneren utgjør unntaksregler fra utgangspunktet. Hovedregelen for de objektive bestemmelser er at samtlige disposisjoner av en viss art, foretatt innen en bestemt frist, kan omstøtes. Dersom man beveger seg for langt bort fra dette utgangspunkt, vil noen av de retts tekniske fordeler som oppnås ved objektive regler, forsvinne.

#### 4.7 Krav om skyld

De vilkår vi hittil har vært gjennom i forhold til § 5-9, har vært av objektiv karakter. Kravet om skyld hos den annen part utgjør selve det subjektive moment i § 5-9, altså det moment som ligger til grunn for betegnelsen *”subjektiv”* omstøtelsesregel.

---

<sup>131</sup> Hov 1999, s. 263.

<sup>132</sup> Nærståendereglene ble gjennomgått i punkt 3.2.6.

<sup>133</sup> Hov 1999, s. 270.

Subjektiv skyld er en forutsetning for det erstatningsansvar som hjemles i § 5-12, som jeg vil komme tilbake til under punkt 4.9.

Etter Actio Pauliana krevdes svik både i forhold til den annen part *og* hos debitor for at omstøtelse skulle kunne skje.<sup>134</sup> Gradvis falt kravet til svik hos debitor bort, og § 5-9 inneholder nå kun et krav om skyld hos den annen part. Det er den annen part som rammes av omstøtelsen, og det bør derfor være dennes onde tro som teller.<sup>135</sup> Dette betyr imidlertid ikke at subjektive forhold utover de som foreligger for den annen part, aldri er relevante i forhold til § 5-9, men slike momenter må komme inn som en del av utilbørighetsvurderingen, og ikke skyldkravet, jfr. punkt 4.4.4.

Det subjektive skyldelementet omfatter situasjoner der den annen part *”kjente eller burde kjent”* visse nærmere angitte forhold. Det fremkommer for det første av ordet *”kjente”* at forsett klart oppfyller skyldkravet. Videre innebærer *”burde kjent”* at også uaktsomhet omfattes. Det må være klart at det kun kreves alminnelig uaktsomhet.<sup>136</sup> Imidlertid vil aktsomhetsnormen variere ut i fra hvem vurderingen gjelder, i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.<sup>137</sup>

Uaktsomheten, eller eventuelt forsettet, må foreligge i to relasjoner. Den annen part må ha kjent, eller burde kjent, til *”skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”*. Det følger av lovens ordlyd at skylden må omfatte begge disse momenter for at omstøtelse skal kunne skje. De to momentene henviser til henholdsvis det økonomiske vilkår og utilbørighetsvilkåret i § 5-9. For utilbørighetskriteriet kan det likevel ikke kreves full innsikt i alle de momenter som samlet gjorde disposisjonen utilbørlig. Om en disposisjon er utilbørlig eller ikke må avgjøres etter

---

<sup>134</sup> Huser 1992, s. 459.

<sup>135</sup> NOU 1972:20, s. 298.

<sup>136</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 171-172, der det er foretatt en mer utførlig drøftelse av dette spørsmål etter innspill fra Advokatforeningen om at en strengere aktsomhetsnorm måtte legges til grunn. Dette ble ikke tatt til følge av departementet.

<sup>137</sup> Huser 1992, s. 561.

en meget omfattende helhetsvurdering. Det må derfor være tilstrekkelig at den annen part hadde, eller burde hatt, kjennskap til de mest avgjørende momenter i vurderingen.<sup>138</sup>

Vurderingen av hvorvidt det subjektive vilkår er oppfylt, må trolig knyttes til rettsvernstidspunktet.<sup>139</sup>

For de objektive regler gjelder det i all hovedsak ikke et krav om skyld. Dette må uten tvil sies å utgjøre det sentrale skillet mellom de to regelsett. Et manglende skyldkrav er i tråd med de retts tekniske grunnhensyn som ligger bak de objektive regler. Som nevnt i punkt 1.1 kan skyldkrav skape bevisproblemer for boet. Derfor vil det være nødvendig med regler som gjør det enklere for boet å foreta omstøtelse, særlig i forhold til de mest praktiske disposisjonstyper.

Imidlertid finnes det blant de objektive regler et unntakstilfelle i § 5-6. Det subjektive moment i § 5-6 fremgår av 1. ledd, 2. punktum, og 2. ledd, 1. punktum. Det kreves her at henholdsvis erververen eller fordringshaveren ”*visste eller burde vite*” at skyldneren var insolvent. Skyldkravet er det samme som for det subjektive vilkår i § 5-9.

Bestemmelsen er å regne som en objektiv regel. Dette kommer kanskje best til syne ved regelens kasuistiske utforming, samt dens systematiske plassering blant de objektive regler. Likevel er det for denne bestemmelse altså lovfestet et subjektivt vilkår. Dessuten gjelder det også et annet typisk subjektivt moment etter § 5-6, nemlig en tilsynelatende ubegrenset omstøtelsesfrist. I tillegg vil omstøtelse etter de subjektive regler i § 5-6 trolig reguleres etter § 5-12, som omhandler virkninger av subjektiv omstøtelse.<sup>140</sup>

Regelen i § 5-6 blir etter dette en regel som havner et sted midt i mellom de to hovedkategorier av omstøtelsesregler.

## 4.8 Omstøtelsesfristen

### 4.8.1 Forskjellen mellom de objektive og subjektive omstøtelsesfrister

De objektive og subjektive regler oppstiller ulike frister for omstøtelse.

---

<sup>138</sup> Huser 1992, s. 558-559.

<sup>139</sup> Huser 1992, s. 562.

<sup>140</sup> Mer om dette følger under i punkt 4.9.

Fristen etter § 5-9 er 10 år, jfr. 2. ledd. For den subjektive regel i § 5-6 gjelder det, som nevnt i punkt 3.3, tilsynelatende ikke noen tidsbegrensning for omstøtelse i det hele tatt.

For den ulovfestede subjektive omstøtelsesregel som gjaldt før ikrafttredelsen av dekningsloven, var det uklart om det i det hele tatt gjaldt en omstøtelsesfrist, hvor lang den i så fall var, og hvorvidt det måtte stilles opp ulike frister avhengig av kravets innhold.<sup>141</sup> Man bygget derfor gjerne i teorien på de alminnelige foreldelsesregler.<sup>142</sup>

Konkurslovutvalget foreslo med dekningsloven en alminnelig subjektiv frist på 5 år, men utvidet til 10 år der den annen part enten var nærstående eller der det var handlet forsettlig til skade for fordringshaverne.<sup>143</sup> Departementet endret imidlertid dette til en felles 10 års frist.<sup>144</sup> Det trekkes altså intet skille i forhold til om den annen part er skyldnerens nærstående eller ikke, slik det gjøres for en rekke objektive regler.

For de objektive regler gjelder omstøtelsesfrister på 3 måneder, 1 år, 2 år og 5 år. Fristene på 2 år og 5 år er unntaksregler som gjelder der den annen part er skyldnerens nærstående. Begrunnelsen for disse frister er drøftet over i punkt 3.2.6. Hovedreglene for objektiv omstøtelse oppstiller frister på 3 måneder og 1 år. Forskjellen mellom disse to hovedfrister kan forklares ut i fra sontringen mellom begunstigende og forringende disposisjoner.

Den ordinære fristen for begunstigelser er 3 måneder. Den korte fristen er i tråd med de kommersielle interesser som gjerne ligger til grunn for begunstigelser. Næringslivet har behov for en viss bevegelsesfrihet, og dette tilsier stramme frister.<sup>145</sup>

Den ordinære fristen for forringelser er imidlertid fire ganger så lang, altså 1 år, jfr. § 5-2. Som tidligere nevnt kan forringelser gjennomgående betraktes som mer alvorlige enn begunstigelser.<sup>146</sup> Det kan sies å foreligge en sterkere formodning om illojalitet i slike

---

<sup>141</sup> Huser 1992, note 35, s. 469.

<sup>142</sup> Brækhus 1970, s. 157.

<sup>143</sup> NOU 1972:20, s. 298.

<sup>144</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 173.

<sup>145</sup> Huser 1992, s. 69.

<sup>146</sup> Huser 1992, s. 68.

tilfeller, i og med at overføringen innebærer en vederlagsfri aktivaoverdragelse. Dessuten bygger ikke forringelser på debtors forpliktelse ovenfor den annen part, hvilket er tilfelle for begunstigelser.<sup>147</sup> Når en gavemottaker således har blitt begunstiget uten å yte noen form for vederlag, vil han heller ikke lide tap ved omstøtelse. Lovgiver har på denne bakgrunn derfor valgt å ikke prioritere hensynet til gavemottakeren, ved å øke fristen for omstøtelse av slike disposisjoner.

Av gjennomgangen hittil i dette punkt fremkommer det en tydelig forskjell mellom de subjektive og objektive omstøtelsesregler når det gjelder omstøtelsesfristens lengde. Denne forskjellen mellom de to regelsett kan forklares ut i fra flere momenter.

Et hovedmoment som bidrar til å forklare fristforskjellene mellom de objektive og subjektive regler, er kravet om skyld hos den annen part. Som det fremgikk av punkt 4.7 forutsetter subjektiv omstøtelse at den annen part kan bebreides. Når den annen part har utvist slik skyld vil det heller ikke foreligge gode grunner for å beskytte vedkommende ved en kort omstøtelsesfrist. De objektive regler bygger derimot kun på en formodning om illojalitet, hvilket innebærer at også disposisjoner som ikke er illojale vil kunne omstøtes etter disse regler. Dette tilsier at det ikke bør oppstilles for vide frister i forhold til omstøtelse på objektivt grunnlag.

Videre er § 5-9 ment å gjelde som en slags generalklausul.<sup>148</sup> Det vil stemme dårlig overens med et slikt formål å oppstille en snever frist. Praksis viser at § 5-9 har stor betydning i tilfeller der disposisjonen etter sin art omfattes av de objektive regler, men faller utenfor de objektive frister. Dersom det skulle oppstilles en snever frist for § 5-9 ville dens betydning som generalklausul derfor bli betydelig begrenset.

Til slutt kan det nevnes at de objektive regler ut fra sin karakter trenger korte frister som en sikkerhetsforanstaltning. Den subjektive regel har derimot ikke det samme behov for slike marginer, i hovedsak fordi regelens rekkevidde begrenses på annet hold, nemlig ved kravet om skyld, samt kravet til skyldnerens økonomiske stilling.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Huser 1992, s. 68.

<sup>148</sup> Huser 1992, s. 463.

<sup>149</sup> Huser 1992, s. 518-519.

Av momentene nevnt over fremgår flere grunner til at subjektive regler bør ha en vid omstøtelsesfrist. Det kan etter dette spørres om det i det hele tatt er hensiktsmessig å stille opp en absolutt frist for omstøtelse etter § 5-9. Etter dansk rett har man ansett det som overflødig å oppstille en konkret frist for subjektiv omstøtelse.<sup>150</sup> For den subjektive regel i § 5-6 gjelder tilsynelatende heller ingen tidsbegrensning. Som vi har sett ovenfor i dette punkt, gjaldt det heller ikke for den ulovfestede subjektive regel en fast bestemt omstøtelsesfrist. En grunn til at man i § 5-9 valgte å lovfeste en frist på 10 år, var rett og slett at man ville klargjøre den usikkerhet som gjaldt etter den ulovfestede regel.<sup>151</sup>

På den annen side finnes også momenter som taler for en *kortere* frist etter § 5-9. Det vil trolig være svært sjelden at det er aktuelt å omstøte disposisjoner som ligger nært opp mot, eller til og med overskrider, en frist på 10 år. Desto lengre bak i tid disposisjonen er foretatt, desto vanskeligere vil det bli for boet å oppfylle sin bevisbyrde.<sup>152</sup>

Det kan dessuten trekkes paralleller til utilbørighetskriteriet som stiller opp et tidsaspekt som et relevant moment for vurderingen.<sup>153</sup> Desto lengre tid som går fra en disposisjon er foretatt til konkurs åpnes, desto mindre betenkelig vil disposisjonen i seg selv kunne fremstå. Dermed kan det altså tenkes at utilbørighetskriteriet i visse tilfeller slik indirekte setter en fristbegrensning for omstøtelse etter § 5-9. En formell frist på 10 år vil i så fall bli uten reell betydning.

I tråd med forrige avsnitt kan dessuten reelle hensyn tilsi en kortere frist for omstøtelse etter § 5-9. Det kan oppleves som et uforholdsmessig sterkt inngrep for den part som berøres av omstøtelsen, at en disposisjon foretatt så lang tid forut for en konkurs, faktisk omstøtes.

---

<sup>150</sup> Huser 1992, s. 468, note 33.

<sup>151</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 173.

<sup>152</sup> NOU 1972:20, s. 299.

<sup>153</sup> Huser 1992, s. 508-509.



#### 4.8.2 Foreligger det en forskjell mellom de objektive og subjektive regler når det gjelder beregningen av omstøtelsesfristen?

Det kan fremheves ytterligere en forskjell mellom objektive og subjektive frister for omstøtelse. Forskjellen ligger i formuleringen av fristens utgangspunkt.

De objektive regler sier at disposisjoner foretatt ”*senere enn*” et antall måneder eller år ”før fristdagen” kan omstøtes. Den subjektive regel i § 5-9 benytter den negative formulering at disposisjoner fullbyrdet ”*tidligere enn* 10 år før fristdagen, kan *ikke* omstøtes”. Det blir dermed et spørsmål om det er lovgivers intensjon at det skal gjelde ulike beregningsvilkår for de to regelsett.

Etter både den subjektive regel i § 5-9, og de objektive regler, tales det om disposisjoner som må være foretatt ”før” fristdagen. Dette kan tolkes dit hen at fristdagen ikke skal medtas i beregningen, verken for den subjektive regel i § 5-9, eller for de objektive regler.<sup>154</sup> Dette betyr at dersom fristdagen er 15. august, og omstøtelsesfristen er 3 måneder, vil siste dag av fristen være 15. mai.

Imidlertid kan formuleringen ”*senere enn*”, for de objektive reglers del, tyde på at heller ikke den første dagen av fristen skal medregnes.<sup>155</sup> Dersom fristdagen er 15. august, og den aktuelle frist er 3 måneder, vil dermed resultatet bli at fristen regnes fra 16. mai. Legges denne naturlige tolkning til grunn tar man i så fall vekk igjen den dag som ble lagt til fristen som følge av at fristdagen ikke medregnes.<sup>156</sup>

En tilsvarende tolkning kan vanskelig legges til grunn etter formuleringen i den subjektive regel. Problemstillingen blir altså etter dette om reglene dermed skal behandles forskjellig, eller om det finnes rom for en felles løsning.

Det er i teorien påpekt enkelte tolkningsmomenter til støtte for likebehandling av de to regelsett.<sup>157</sup> De ulike formuleringer er ikke kommentert eller begrunnet nærmere i forarbeidene, hvilket kan indikere at lovgiver ikke har ment å gjøre forskjell. Dessuten tilsier harmonihensyn mellom de to regelsett at de ikke tolkes ulikt.

---

<sup>154</sup> Huser 1992, s. 94, note 149 med videre henvisninger.

<sup>155</sup> Huser 1992, s. 94.

<sup>156</sup> Huser 1992, s. 94.

<sup>157</sup> Huser 1992, s. 95.

Spørsmålet blir så hvilket av de to alternativer som eventuelt skal gjelde som en felles regel. En kan se det slik at formuleringen som følger av de objektive regler fremstår som den dominerende løsning. Den subjektive regel, som fremstår som et unntak, må slik bøye seg for enslydende objektive regler.<sup>158</sup> Dette er og trolig løsningen etter svensk rett.<sup>159</sup>

Det er imidlertid avsagt en høyesterettsdom, gjengitt i Rt. 1926, s. 2, som omhandler en tilsvarende problemstilling, men den gang basert på ulikheter innad blant de objektive regler. Dommen fastslår at fristen må beregnes slik at den siste dag *ikke* ekskluderes. Dette prinsipp må etter dommen gjelde samtlige av de objektive regler, uavhengig av om ordlyden følger formuleringen etter dagens objektive regler, eller formuleringen i § 5-9. Det kan være grunn til å tillegge denne dom vesentlig vekt med tanke på problemstillingen slik den står etter gjeldende rett. Denne løsning er også den dominerende i juridisk teori.<sup>160</sup> Det presiseres imidlertid at løsningen er usikker.

## 4.9 Virkninger av omstøtelse

### 4.9.1 Innledning

Hittil i denne fremstilling har jeg sammenlignet de objektive og subjektive reglers *vilkår* for omstøtelse. I dette punkt vil jeg se nærmere på noen sentrale forskjeller når det gjelder *virkninger* av omstøtelse.

Virkninger av omstøtelse er regulert i §§ 5-11 og 5-12, som omfatter henholdsvis objektiv og subjektiv omstøtelse. Regelen i § 5-11 gjelder som utgangspunkt for §§ 5-2 til 5-8, men dette må etter en alminnelig oppfatning i teorien tolkes innskrenkende i den grad § 5-6 har subjektive regler.<sup>161</sup> Virkningen av de subjektive regler i § 5-6 må etter dette følge av § 5-12.

Det er klart at det i forhold til både § 5-11 og § 5-12 er boet som må fremsette et krav om omstøtelse. Visse unntak gjelder imidlertid for omstøtelse i medhold av § 5-3 og § 5-8.

---

<sup>158</sup> Huser 1992, s. 95.

<sup>159</sup> Huser 1992, s. 95, note 152.

<sup>160</sup> Andenæs 1999, s. 221, note 17 med videre henvisninger og Huser 1992, s. 96.

<sup>161</sup> Andenæs 1999, s. 297, Huser 1992, s. 564 med videre henvisninger.

Omstøtelse etter disse bestemmelser skjer automatisk.<sup>162</sup> I forhold til § 5-3 kreves likevel ett visst initiativ dersom krav skal fremmes på grunn av 1-års fristen i siste punktum. Rettsvirkningen av bestemmelsen reguleres etter dette ikke av § 5-11, men følger altså direkte av § 5-3 selv, jfr. § 5-11, 4. ledd.<sup>163</sup> For § 5-8 sin del er konsekvensen av formuleringen ”*har ingen rettsvirkning ovenfor boet*”, dessuten at 1-års fristen i § 5-15 for gjennomføring av omstøtelse, ikke får anvendelse.<sup>164</sup>

I den videre fremstilling under dette punkt vil jeg først se nærmere på noen sentrale ulikheter i forhold til omfanget av omstøtelseskravet, og deretter på ulikheter ved selve omstøtelsesoppgjøret.

#### 4.9.2 Omstøtelseskravets omfang

Et grunnleggende skille mellom de objektive og subjektive regler er, som nevnt i punkt 4.7, at subjektive regler krever skyld for omstøtelse. Dette skillet gir tydelig utslag i forhold til virkningsreglene.

Boet kan etter § 5-12, 1. ledd, 1. punktum, kreve *full erstatning* for det tap som er lidt. Dette må ses på bakgrunn av kreditorfellesskapets behov for erstatningsrettslig vern ved illojal adferd fra den annen parts side.<sup>165</sup> Skjer oppgjøret ved at den annen part tilbakeleverer det mottatte, presiseres det i 3. punktum at boet i så fall også kan kreve erstattet ytterligere tap som følge av disposisjonen. Et eksempel på slikt ytterligere tap vil være der gjenstanden har blitt skadet mens den befant seg hos den annen part.<sup>166</sup> Slik erstatning kan imidlertid sies å følge alt av hovedregelen i 1. punktum.<sup>167</sup>

Virkningen av de objektive regler rekker ikke like langt. For disse regler gjelder det ikke et krav om skyld, og dermed må boet nøye seg med å kreve at den annen part *fralegger seg den berikelsen han har oppnådd* ved den omstøtelige disposisjon, jfr. § 5-11,

---

<sup>162</sup> Ot. prp. nr. 23 (1996-97), s. 186.

<sup>163</sup> Barbo i Norsk Lovkommentar, note 162 til dekningsloven.

<sup>164</sup> Andenæs 1999, s. 277.

<sup>165</sup> Utenfor det område som omfattes av § 5-9 kan en fordringshaver være erstatningsansvarlig etter de alminnelige erstatningsregler

<sup>166</sup> Andenæs 1999, s. 302.

<sup>167</sup> Andenæs 1999, s. 302.

1. ledd, 1. punktum. I Rt. 1996, s. 1647 - Bruvik, uttales det at man ved beregningen av berikelsen må se på *”hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt – mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt”*. Å strekke kravet ut over dette for de objektive reglers del, ville i realiteten bety at det oppstilles et objektivt ansvar, hvilket lovgiver fant lite rimelig.<sup>168</sup>

Berikelsesbegrensingen innebærer at den annen part ikke skal ha noen fordel av den omstøtelige disposisjon, fordi det i forhold til boet dreier seg om en ugrunnet berikelse. Samtidig setter berikelsesregelen den begrensning at boets krav heller ikke kan overstige den annen parts berikelse. Dette må ses på bakgrunn av at omstøtelseskrav etter § 5-11 kan gjøres gjeldende uten hensyn til den annen parts gode tro.<sup>169</sup>

Unntaksvis kan det tenkes at berikelsen overstiger det tap boet har lidt. Det kan da oppstå spørsmål om berikelsen skal begrenses til boets tap. Forarbeidene sier uttrykkelig at man ikke har valgt en slik løsning for norsk retts vedkommende.<sup>170</sup> I Bruvik-dommen uttaler imidlertid førstvoterende at reelle hensyn kan tenkes å gi grunnlag for å fravike dette utgangspunkt, til tross for lovens klare ordlyd og uttalelsene i forarbeidene.<sup>171</sup> Det kan hevdes å være urimelig at omstøtelse på objektivt grunnlag skal innebære en videre tilbakebetalingsplikt for mottakeren, enn omstøtelse på subjektivt grunnlag. Førstvoterende finner likevel ikke at det er grunn til å beregne boets tap til et mindre beløp enn berikelsen i den aktuelle sak. Dommen tar derfor heller ikke endelig stilling til en alminnelig unntaksregel basert på reelle hensyn. Imidlertid åpner dommen for at slike unntak ikke kan utelukkes i fremtiden.

At § 5-12 åpner for full erstatning basert på skyld hos den annen part, betyr at den annen part ikke nyter godt av de goder som gjelder i forhold til berikelsesregelen. Den annen part kan ikke kreve fradratt i tapsberegningen utgifter han har hatt i tilknytning til det

---

<sup>168</sup> NOU 1972:20, s. 299.

<sup>169</sup> Samtlige momenter i dette avsnitt fremkommer i Andenæs 1999, s. 298.

<sup>170</sup> NOU 1972:20, s. 299.

<sup>171</sup> Rt. 1996, s. 1647, på s. 1654.

mottatte.<sup>172</sup> Fradrag kan heller ikke kreves der gjenstanden er gitt bort, og dessuten må eventuelt utbytte av det mottatte erstattes.<sup>173</sup>

Etter berikelsesgrunnsetningen i § 5-11 følger de motsatte utgangspunkter. Den annen part kan etter denne regel trekke fra visse utgifter som kan sies å være en følge av den omstøtelige disposisjon.<sup>174</sup> Eksempler på dette kan være tinglysningsgebyr, dokumentavgift eller reparasjonsutgifter. Er det mottatte ved disposisjonen gitt bort i gave har det ikke skjedd en berikelse, og boet har heller intet krav.<sup>175</sup> Når det gjelder utbytte må dette som utgangspunkt ses som berikelse som omfattes av hovedregelen i 1. punktum. Bestemmelsens 2. punktum oppstiller imidlertid en unntaksregel, slik at den annen part kan kreve fradratt utbytte av det mottatte vunnet i god tro, frem til omstøtelse gjøres gjeldende. Et eksempel på slikt utbytte vil være ordinære renteinntekter eller leieinntekter.

Virkningsreglen i § 5-12 inneholder også regler om lemping av ansvaret etter omstøtelsen. I bestemmelsens 2. ledd er det lovfestet en spesialbestemmelse som gjelder i stedet for den alminnelige lempingsregel i skadeserstatningsloven § 5-2. Lemping etter denne regel forutsetter imidlertid at den annen part kun har utvist uaktsomhet. Lempingsmulighetene begrenses dessuten ytterligere slik at den annen part uansett ikke kan stilles gunstigere enn det som følger av § 5-11.

For § 5-11 sin del gjelder det ingen tilsvarende lempingsregel. Grunnen til dette er at lovgiver ikke så behovet for en slik regel. Man mente dessuten også at en lempingsregel kunne medføre usikkerhet om omstøtelseskravets størrelse i enkelte tilfelle.<sup>176</sup> Imidlertid fremgår det av 1. ledd, 3. punktum, en særlig lempingsregel for situasjoner der den annen part eventuelt holdes ansvarlig for at det mottatte helt eller delvis har gått tapt. Det ansvar det her er tale om er altså et eventuelt erstatningsansvar som kan oppstå dersom det

---

<sup>172</sup> Andenæs 1999, s. 302.

<sup>173</sup> Andenæs 1999, s. 302.

<sup>174</sup> Andenæs 1999, s. 298.

<sup>175</sup> Andenæs 1999, s. 298.

<sup>176</sup> NOU 1972:20, s. 300-301.

mottatte går helt eller delvis tapt i tiden *etter* at den annen part mistet sin gode tro med hensyn til hans ubestridte rett til det mottatte.<sup>177</sup>

#### 4.9.3 Omstøtelsesoppgjøret

I hovedsak foregår selve oppgjøret på samme måte for omstøtelse etter de objektive og subjektive regler.

Omstøtelseskravet utgjør etter både § 5-11 og § 5-12 et krav på naturalrestitusjon.<sup>178</sup> Dette betyr at restitusjonskravet ikke bare er et verdikrav, men også et krav på selve den mottatte gjenstand.<sup>179</sup> Tilbakelevering kan imidlertid bare kreves for så vidt det mottatte er i behold, og tilbakeleveringen kan skje uten urimelig verdispille. Dette gjelder for begge virkningsreglene.

Derimot trekkes det et viktig skille mellom de to regler med hensyn til *hvem* som kan kreve naturalrestitusjon gjennomført.

Etter § 5-11, 2. ledd, kan begge parter kreve naturalrestitusjon.

At *boet* gis en slik rett begrunnes i forarbeidene med at boet da stiller sterkere i forhold til eventuelle forhandlinger med den annen part.<sup>180</sup> Normalt vil ikke boet ha noen interesse av selve gjenstanden, men det kan likevel tenkes at boet selv ønsker å forestå realisasjonen. Det kan f. eks. tenkes tilfeller der gjenstanden fremtrer som særlig verdifull for boet fordi salgsprisen økes dersom flere aktiva selges samlet.<sup>181</sup>

At *den annen part* også må anses som berettiget til å kreve naturalrestitusjon begrunnes med at han forutsetningsvis var i god tro.<sup>182</sup> Sett fra hans synspunkt kan naturalrestitusjon være ønskelig fordi han f. eks. ikke har bruk for gjenstanden.<sup>183</sup>

Når begge parter slik kan kreve naturalrestitusjon, vil det ikke foreligge noen valgrett dersom den ene likevel ønsker et pengeoppgjør.<sup>184</sup>

---

<sup>177</sup> Huser 1992, s. 637.

<sup>178</sup> Andenæs 1999, s. 301 og 302, Huser 1992, s. 611 og 639.

<sup>179</sup> Andenæs 1999, s. 301.

<sup>180</sup> NOU 1972:20, s. 301.

<sup>181</sup> Huser 1992, s. 612.

<sup>182</sup> Huser 1992, s. 612.

<sup>183</sup> Huser 1992, s. 612.

Der virkningen reguleres av § 5-12 er det imidlertid kun boet som kan kreve naturalrestitusjon, jfr. 1. ledd, 2. punktum. Den annen part har i slike tilfeller utvist skyld, og det er dermed ikke rimelig at han skal kunne gjøre gjeldende et restitusjonskrav.

Oppsummerende kan det sies at det etter § 5-11 er *den annen part* som i størst mulig grad skal stilles som om den omstøtte disposisjon ikke hadde funnet sted. Etter § 5-12 er det imidlertid *boet* som søkes stilt som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.

## 5 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandling har vist at skillet mellom enkle objektive regler på den ene side, og en subjektiv generalklausul på den annen side, gir seg utslag i en rekke ulikheter mellom de to regelsett.

De momenter som gjør den subjektive bestemmelse i § 5-9 til en omfattende og skjønnspreget regel, er i hovedsak utelatt i forhold til de objektive regler. Sentralt står det manglende skyldkrav, men også utelatelsen av et generelt tapsvilkår og et felles økonomisk vilkår er med på å lette bruken av de objektive regler. Det samme gjelder reglenes kasuistiske disposisjonsangivelser og korte omstøtelsesfrister.

At lovgiver ønsket rettsteknisk enkle regler kommer dessuten særlig sterkt frem ved den objektive regel i § 5-4. Ved at § 5-4 fastslår at visse disposisjoner som er foretatt ovenfor nærstående er å regne som gave, slipper dermed boet å føre bevis for dette. En slik løsning innebærer en vesentlig forenkling av omstøtelsesprosessen for boet.

Avhandlingen viser imidlertid også at det finnes tilfeller som begrunner unntak fra utgangspunktet om enkle objektive regler. Unntak av denne type medfører at omstøtelsesprosessen likevel blir mer komplisert enn det ideelle utgangspunkt.

Et første unntak av slik karakter er, som vi har sett, regler som åpner for nærståendes adgang til å føre bevis for skyldnerens solvens. Som nevnt i punkt 4.6, følger det av ordet ”utvilsomt” i disse bestemmelser, at det kreves meget høy grad av sannsynlighet for at

---

<sup>184</sup> Huser 1992, s. 612.

bevisbyrden skal anses som oppfylt.<sup>185</sup> I realiteten betyr dette at det vil være vanskelig for den nærstående å føre tilstrekkelig bevis, og således vil solvensregelen alt her miste noe av sin betydning som sikkerhetsventil for den nærstående. Det retts tekniske poeng består likevel; uansett om det vil være vanskelig for en nærstående å få *medhold* i solvens, vil boet måtte bruke tid på selve prosessen. Regelen kompliserer dermed det enkle utgangspunkt, og nettopp av denne grunn har lovgiver bevisst vært tilbakeholden med å gi slike regler.<sup>186</sup>

For det andre finnes det også i de objektive regler en del momenter med et mer subjektivt og vurderingsrettet preg. Eksempler på dette har vi i § 5-2, som oppstiller et krav om gavehensikt som vilkår for omstøtelse, og i § 5-5, som gir anvisning på en ordinærvurdering. Også slike elementer må ses som unntak fra de hovedprinsipper som ligger til grunn for de objektive regler.

Ved at enkelte objektive regler slik inneholder subjektive momenter, fremkommer det også visse likhetspunkter med den subjektive regel i § 5-9. Et eksempel på dette er drøftet i oppgavens punkt 4.4. Der fremkom det at ordinærreservasjonen i § 5-5 har store likhetstrekk med utilbørighetskriteriet i § 5-9.

Avslutningsvis i denne avhandlingen vil jeg peke på noen problematiske sider ved reglene slik de nå er lovfestet. Dette i relasjon til de bakenforliggende hensyn og funksjoner som ble gjennomgått i punkt 2.3.

For det første forutsetter gjenopprettelsesfunksjonen at boet får full erstatning for sitt tap. Som det følger av denne fremstilling er det kun omstøtelse i medhold av de subjektive regler som gir krav på full erstatning. Alt her ligger det altså en begrensning i reglene.<sup>187</sup> Imidlertid er det klart at objektiv omstøtelse ikke forutsetter skyld hos den annen part. Det må derfor være forsvarlig at man ved berikelsesbegrensningen prioriterer en formodentlig godtroende medkontrahent, foran boet. Dette vil også være i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

For det andre kan det ikke utelukkes at de ulike virkninger av omstøtelse på objektivt og subjektivt grunnlag, også kan svekke reglenes preventive funksjon. I og med at

---

<sup>185</sup> Hov 1999, s. 270.

<sup>186</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-81), s. 161.

<sup>187</sup> Huser 1992, s. 50.



§ 5-11 kun gir anvisning på tilbakeføring av berikelsen, vil de økonomiske konsekvenser av objektiv omstøtelse ikke være særlig avskrekkende.<sup>188</sup> Dersom en disposisjon kreves omstøtt av boet, havner man kun tilbake der man var før disposisjonen ble foretatt. Det er altså ikke stort å tape på å foreta tvilsomme disposisjoner, annet enn eventuell moralsk belastning ved omstøtelse i seg selv. Dermed vil trolig reglenes preventive effekt også svekkes.

For det tredje forutsetter den preventive funksjon at folk har kjennskap til omstøtelsesreglene.<sup>189</sup> De objektive regler med sine kasuistiske disposisjonsangivelser er lett tilgjengelige, og kan derfor bidra til å øke reglenes preventive effekt. Imidlertid vil den subjektive regel i § 5-9 motsatt redusere den preventive effekt ved at bestemmelsen er meget generell i sin form. Eksempelvis gir utilbørighetsvilkåret anvisning på et omfattende vurderingstema, og det kan være vanskelig å forutse hvilke disposisjoner som kan subsumeres under § 5-9.

Det kan etter dette spørres om det er rom for forbedring av regelverket slik det i dag er lovfestet.

En mulighet for forbedring er å forsøke å tydeliggjøre og forenkle reglene for å bedre den preventive funksjon.<sup>190</sup> Forenkling og tydeliggjøring er dog to virkemidler som i utgangspunktet står i et motsetningsforhold; det er ikke alltid mulig å oppnå det ene uten at det går på bekostning av det andre. De objektive regler er søkt utformet nettopp for å være enkle å praktisere, og det er trolig begrensede muligheter til å ytterligere forenkle reglene uten at det går på bekostning av anvendeligheten. Den subjektive regel har til formål å virke som en generalklausul, og det vil derfor kunne virke mot dette formål å konkretisere denne bestemmelsen utover den form den har i dag.

En annen mulighet til forbedring, som vil styrke både den gjenopprettende og preventive funksjon, er at man skjerper regelen i deknl. § 5-11 om virkningene av objektiv omstøtelse.<sup>191</sup> En strengere virkningsregel vil bidra til at boet nærmer seg full erstatning.

---

<sup>188</sup> Huser 1992, s. 51.

<sup>189</sup> Huser 1992, s. 50-51.

<sup>190</sup> Huser 1992, s. 51.

<sup>191</sup> Huser 1992, s. 51.

Samtidig vil den økonomiske sanksjon ved objektiv omstøtelse skjerpes, og dette kan dermed bidra til å styrke reglenes preventive effekt. Med en slik løsning velger man imidlertid en annen prioritering enn det loven gir anvisning på i dag. Kreditorfellesskapet vil i så fall hensyntas foran den formodentlig godtroende medkontrahent, og dette vil være problematisk så lenge objektiv omstøtelse ikke forutsetter skyld.

Samlende kan det etter dette avsluttende punkt, og fra det som for øvrig fremkommer i denne avhandling, konkluderes med at omstøtelsesreglene er regler som er vel gjennomtenkt og innarbeidet. Dette kan ses på bakgrunn av reglenes lange forhistorie, og den derav omfattende rettspraksis og teori. Lovgivers balanse mellom kreditorfellesskapet på den ene side, og skyldnerens medkontrahent på den annen side, må anses å være vellykket. Det er heller ikke tvil om at de objektive regler i praksis er adskillig mer lettfattelige enn den subjektive regel i § 5-9, til tross for visse kompliserende momenter som er nevnt i denne avhandling. Det kan derfor konkluderes med at skillet mellom objektive og subjektive regler i all hovedsak fungerer i tråd med lovgivers forutsetninger og intensjoner.

## Registre

### 5.1 Lover

1902 *Almindelig borgerlig Straffelov* av 22. mai 1902, nr. 10

1969 *Lov om skadeserstatning* av 13. juni 1969, nr. 26.

1979 *Lov om foreldelse av fordringer* av 18. mai 1979, nr. 18

1984 *Lov om gjeldsforhandling og konkurs* av 8. juni 1984, nr. 58

1984 *Lov om fordringshavernes dekningsrett* av 8. juni 1984, nr. 59

1989 *Lov om forsikringsavtaler* av 16. juni 1989, nr. 69

1991 *Lov om ekteskap* av 4. juli 1991, nr. 47

1997 *Lov om aksjeselskaper* av 13. juni 1997, nr. 44

### 5.2 Forarbeider

NOU 1972:20                      Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1993:16                      Etterkontroll av konkurslovgivingen

Ot. prp. nr. 50 (1980-1981)    Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning mm

Ot. prp. nr. 39 (1982-1983)    Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning mm

Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot. prp. nr. 26 (1998-1999) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

### 5.3 Rettspraksis

Rt. 1925, s. 158

Rt. 1926, s. 2

Rt. 1993, s. 289 -Gamvikfisk

Rt. 1994, s. 792 -Namtvedt

Rt. 1995, s. 222 -Direkte Reklame

Rt. 1995, s. 259 -Troms Kjøtt

Rt. 1996, s. 1647 -Bruvik

Rt. 1997, s. 1623 -Royal Christiania

Rt. 1999, s. 64 -Teamcon

Rt. 2001, s. 1136 -Kjells Markiser

### 5.4 Bøker og artikler

Andenæs, Mads Henry *Konkurs.* Oslo 1999

Brækhus, Sjur *Konkursrett – utvalgte emner.*  
Universitetsforlaget 1970

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære.* 5. utgave v/Jan Helgesen,  
Universitetsforlaget 2001

Falkanger, Thor *Utlørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9.*  
Jussens Venner 1998, s. 105. (Sitert fra  
Lovdata)

Hov, Jo	<i>Rettergang I, Sivil- og straffeprosess. Papinian</i> 1999
Huser, Kristian	<i>Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3: Omstøtelse.</i> Bergen 1992
Johansen, Johnny	<i>Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse.</i> Lov og Rett 1996
Ørgaard, Niels	<i>Konkursret.</i> 6. utgave, 1. opplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Danmark 1997

## 5.5 Elektroniske kilder

Gyldendal Rettsdata - Norsk Lovkommentar: Dekningsloven kap. 5 Omstøtelse